



Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste : Étude comparée des expériences espagnole, française et italienne

Karine Roudier

► To cite this version:

Karine Roudier. Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste : Étude comparée des expériences espagnole, française et italienne. Droit. Université de Toulon, 2011. Français. NNT : 2011TOUL0065 . tel-00694035

HAL Id: tel-00694035

<https://theses.hal.science/tel-00694035>

Submitted on 18 May 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras
(C.N.R.S.-U.M.R. 6201)

Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste

*Étude comparée
des expériences espagnole, française et italienne*

Thèse pour le doctorat en droit public présentée et soutenue par

Karine ROUDIER

Directeurs de recherche

Madame **MARYSE BAUDREZ**, *Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var*
Monsieur **THIERRY DI MANNO**, *Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var*

Jury

Monsieur **RENATO BALDUZZI**, *Professeur à l'Université catholique de Milan*
Madame **MARYSE BAUDREZ**, *Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var*
Monsieur **PHILIPPE BLACHER**, *Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3*
Monsieur **THIERRY DI MANNO**, *Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var*
Monsieur **XAVIER MAGNON**, *Professeur à l'Université de Toulouse I Capitole*
Monsieur **JUAN JOSE RUIZ RUIZ**, *Professeur à l'Université de Jaén*

Toulon, le 10 décembre 2011

À Vincent et Manon,

REMERCIEMENTS

Au seuil de cette étude, je voudrais exprimer ma plus profonde gratitude :

à mes directeurs de recherches, Madame le Professeur Maryse BAUDREZ, sans qui je ne me serai pas tournée vers le droit comparé et Monsieur le professeur Thierry DI MANNO, pour leur soutien constant, leur disponibilité et la richesse de leurs conseils qui m'ont aidé à traverser les différentes étapes de la thèse.

à Messieurs les Professeurs Alessandro PACE, Massimo LUCIANI et Beniamino CARAVITA DI TORITTO pour la disponibilité dont ils ont bien voulu me témoigner. Leurs conseils se sont révélés, tout au long de la recherche, précieux.

à la Cour constitutionnelle italienne, et plus particulièrement à la Dottoressa ANNA-MARIA MAGLIO, Directrice de la bibliothèque de la Cour et à ses assistants pour l'accueil qu'ils ont bien voulu me réserver mais aussi au Dottore Mario BELLOCCI et l'ensemble du service juridique pour la richesse des enseignements qu'ils m'ont prodigués tout au long de l'année passée auprès d'eux avec une pensée toute particulière pour le Professeur Paolo PASSAGLIA, le Dottore Loris IANUCCILLI et, bien sûr, le Dottore Tommaso-Roger GIOVANNETTI.

à l'ensemble de l'équipe du Centre de droit et de politique comparés pour leur aide. Une pensée particulière pour Mme Claudette BOUCHARA qui a toujours su se rendre disponible pour nous aider dans mes recherches. Un merci très sincère à FANNY et à PATRICK, pour leurs conseils et leur disponibilité qui m'ont permis de m'engager, et de poursuivre, le chemin de la thèse avec envie et curiosité.

L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse qui restent propres à l'auteur.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

I. ABREVIATIONS EN FRANÇAIS

<i>A.I.J.C.</i>	Annuaire international de justice constitutionnelle
<i>AJ Pénal</i>	Actualité juridique Pénal
<i>A.J.D.A.</i>	Actualité juridique de droit administratif
<i>al.</i>	Alinéa
<i>art.</i>	Article d'une Constitution, d'une loi ou d'un texte
<i>art. cit.</i>	Article cité
<i>C. Cass.</i>	Cour de cassation
<i>C. Civ.</i>	Code civil
<i>C.D.P.C.</i>	Centre de droit et de politique comparés
<i>C.E.</i>	Conseil d'État
<i>Cour EDH</i>	Cour européenne des droits de l'homme
<i>CEDH</i>	Convention européenne des droits de l'homme
<i>Cf.</i>	Confer
<i>C.P.</i>	Code pénal
<i>C.P.P.</i>	Code de procédure pénale
<i>Chron.</i>	Chronique
<i>Coll.</i>	Collection
<i>Cons.</i>	Considérant
<i>Cons. const.</i>	Conseil constitutionnel
<i>Cour const.</i>	Cour constitutionnelle
<i>D.</i>	Dalloz
<i>Dén. soc.</i>	Déviance et société
<i>Dir.</i>	Sous la direction de
<i>Ed. ou éd.</i>	Édition
<i>G.D.C.C.</i>	Grandes décisions du Conseil constitutionnel
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>J.C.P.</i>	Jurisqueuseur périodique
<i>J.O ou J.O.R.F.</i>	Journal officiel de la République française
<i>J.T.D.E.</i>	Journal des tribunaux- droit européen
<i>Journ. trib.</i>	Journal des tribunaux
<i>L.G.D.J.</i>	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>L.O.</i>	Loi organique
<i>L.P.A.</i>	Les petites affiches
<i>Mél.</i>	Mélanges
<i>P.U.A.M.</i>	Presses universitaires d'Aix-Marseille
<i>P.U.R.</i>	Presses universitaires de Rouen
<i>P.U.S.</i>	Presses universitaires de Strasbourg
<i>R.A.</i>	Revue administrative
<i>R.D.P.</i>	Revue de droit public
<i>R.D.U.E.</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>Rec.</i>	Recueil
<i>Rev. dr. ban. fin</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>Rev. dr. Pen. Crim.,</i>	Revue de droit pénal et de criminologie
<i>Rev. gén. dr. inter. public</i>	Revue générale de droit international public
<i>Rev. pen.</i>	Revue pénitentiaire
<i>Rev. recherche juridique</i>	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
<i>R.F.D.A.</i>	Revue française de droit administratif
<i>R.I.D.C.</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>R.I.D.P.</i>	Revue internationale de droit pénal
<i>R.S.C.</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>R.T.D.Civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>R.T.D.H.</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>R.U.D.H.</i>	Revue universelle des droits de l'homme
<i>T.A.</i>	Tribunal administratif
<i>V.</i>	Voir
<i>vol.</i>	volume

II. ABBREVIATIONS EN ITALIEN

<i>App.</i>	Appendice
<i>Cass. pen.</i>	Cassazione penale
<i>C.p.</i>	Codice penale
<i>C.p.p.</i>	Codice di procedura penale
<i>D.D.P</i>	Digesto delle Discipline Pubblicistiche
<i>D.l.</i>	Décret-loi
<i>Dem. Dir.</i>	Democrazia e diritto
<i>Dig. it.</i>	Digesto italiano
<i>Dir. E soc.</i>	Diritto e società
<i>Dir. pen. e processo</i>	Diritto penale e processo
<i>Dir. pubbl.</i>	Diritto pubblico
<i>Dir. pub. comp. eur</i>	Diritto pubblico comparato ed europeo
<i>D.P.R.</i>	Decreto del Presidente della Repubblica
<i>Enc. dir.</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Enc. giur.</i>	Enciclopedia giuridica italiana
<i>Enc. Treccani</i>	Enciclopedia Treccani
<i>Foro amm.</i>	Foro amministrativo
<i>Foro pad.</i>	Foro padano
<i>Foro it.</i>	Foro italiano
<i>Foro pen.</i>	Foro penale
<i>G.U.</i>	Gazzetta Ufficiale
<i>G.i.p.</i>	Giudice per le indagini preliminari
<i>Giur. cost.</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>Giur. it.</i>	Giurisprudenza italiana
<i>Gius. pen.</i>	La Giustizia penale
<i>L.</i>	Legge
<i>Leg. pen.</i>	La legislazione penale
<i>N.D.I.</i>	Nuovissimo digesto italiano
<i>Nss. dig. it.</i>	Novissimo digesto italiano
<i>Ord.</i>	Ordinanza
<i>Pol. dir.</i>	Politica del diritto
<i>Quad. cost.</i>	Quaderni costituzionali
<i>R.A.R.I.</i>	Rivista amministrativa della Repubblica italiana
<i>R.I.D.P.P.</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>R.I.D.Pen.</i>	Rivista italiana di diritto penale
<i>R.I.D.P.C.</i>	Rivista italiana di diritto penale e costituzionale
<i>R.T.D.P.</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>Rass. dir. pubbl.</i>	Rassegna di diritto pubblico
<i>Rass. parl.</i>	Rassegna parlamentare
<i>Riv. dir. cost.</i>	Rivista di diritto costituzionale
<i>Riv. dir. inter.</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>Riv. it. dir. e proc. penale</i>	Rivista italiana di diritto e di procedura penale
<i>Riv. int. dei dir. dell'uomo</i>	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
<i>Riv. giur. it</i>	Rivista di giurisprudenza italiana
<i>Riv. pen.</i>	Rivista penale
<i>Riv. trim. dir. publ.,</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>Sent.</i>	Sentenza

III. ABBREVIATIONS EN ESPAGNOL

<i>B.J.C.</i>	Boletín de jurisprudencia constitucional
<i>B.O.E.</i>	Bulletin officiel espagnol / Boletín oficial del Estado
<i>CE</i>	Constitution espagnole
<i>D.S.C.D.</i>	Diario de sesiones del Congreso de los diputados
<i>LECrim</i>	Ley de enjuiciamiento criminal (équivalent du code de procédure pénale)
<i>L.O.</i>	Loi organique
<i>L.O.T.C.</i>	Loi organique du Tribunal constitutionnel
<i>R.A.P.</i>	Revista de administración pública
<i>R.D.Pol.</i>	Revista de derecho político
<i>R.D.Publ.</i>	Revista de derecho público
<i>R.E.D.C.</i>	Revista española de derecho constitucional
<i>R.I.E.</i>	<i>Revista de instituciones europeas</i>
<i>R.E.P.</i>	Revista de estudios políticos
<i>R.V.A.P.</i>	Revista vasca de Administración pública
<i>STC.</i>	Sentencia du Tribunal Constitutionnel
<i>S.T.S.</i>	Sentencia du Tribunal Suprême

***Première Partie : Un contrôle de constitutionnalité
indirectement modelé par le fait de terrorisme***

Titre 1 : L'adaptation du contrôle au fait de terrorisme

Chapitre 1 : Le poids de la définition juridique du terrorisme

Chapitre 2 : L'incidence du cadre juridique du contrôle

Titre 2 : L'infiltration du contrôle par le fait de terrorisme

Chapitre 1 : L'extension du pouvoir discrétionnaire du législateur

***Chapitre 2 : La prépondérance des motifs de restriction des droits
fondamentaux***

***Seconde Partie : Un contrôle de constitutionnalité
difficilement préservé par le juge constitutionnel***

Titre 1 : Le resserrement de la contrainte de constitutionnalité

Chapitre 1 : L'encadrement de la notion d'infraction de terrorisme

***Chapitre 2 : Le renforcement des garanties des droits
fondamentaux***

Titre 2 : Le repli du contrôle de constitutionnalité

***Chapitre 1 : Le contrôle prudent de la définition de l'infraction de
terrorisme***

Chapitre 2 : L'altération de l'équilibre entre l'ordre et la liberté

Introduction

« Ce n'est jamais une tâche facile, et c'est en effet un important défi pour une juridiction que de faire preuve de sagesse dans des domaines liés à la menace terroriste. Il en va cependant de même pour les institutions politiques. En matière de sécurité publique notamment, le processus politique risque d'être trop réactif face à l'urgence des préoccupations populaires, amenant les autorités à dissiper les craintes du plus grand nombre au détriment des droits de quelques-uns.

C'est précisément là où les juridictions doivent intervenir, afin de veiller à ce que les nécessités politiques d'aujourd'hui ne deviennent pas les réalités juridiques de demain. Leur responsabilité est de garantir que ce qui peut être opportun d'un point de vue politique à un moment donné est également conforme à la prééminence du droit, sans quoi aucune société démocratique ne peut, à long terme, prospérer véritablement »¹.

La justice constitutionnelle est traditionnellement appelée à maintenir l'action politique dans les limites de l'État de droit, dans le but d'assurer, *en toutes circonstances*, la conservation et la protection de la Constitution et de l'ensemble des valeurs démocratiques qu'elle proclame.

Le juge constitutionnel est, d'un côté, le garant du respect des principes essentiels qui constituent l'essence de l'État, et il est, d'un autre côté, le garant des droits de l'Homme, qui appartiennent aussi à ces principes et constituent l'un des piliers des démocraties modernes.

Dans la majeure partie des situations, la conciliation de l'ordre et de la liberté, par le juge, s'opère dans des circonstances qui, si elles ne sont pas dépourvues d'enjeux, ne comportent pas le même degré de gravité.

En effet, de par sa nature, le terrorisme atteint l'État dans son essence même, par ses effets immédiats, et il affecte les droits fondamentaux de manière plus importante par les restrictions qu'il suscite, par ses effets induits.

Le terrorisme fait, ainsi, partie de ces sujets qui soulèvent de profondes interrogations. Le thème a, effectivement, fait l'objet d'un nombre important de

¹ Conclusions de l'avocat général, M. MIGUEL POIARES MADURO, présentées le 16 janvier 2008, dans l'affaire *Yassin Abdullah Kadi et autres c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, § 45, V. également : CJCE, 3 septembre 2008, C-402/05 et C-415-05.

travaux, avec un regain significatif au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, si bien que l'on pourrait aisément conclure qu'il a été étudié sous toutes les facettes.

Néanmoins, si de nombreux aspects du terrorisme et des réponses normatives qu'il provoque ont été abordés, certaines pistes n'ont pas encore été totalement explorées. L'analyse du rapport entre la justice constitutionnelle et le terrorisme fait partie de ces terrains qui restent à découvrir.

La volonté d'étudier précisément le contrôle de constitutionnalité des lois antiterroristes, dans une perspective comparée, est ainsi née du constat de la perversité du phénomène terroriste et de sa capacité à déplacer les équilibres traditionnels de la conciliation de l'ordre et de la liberté.

Ce constat, récurrent au cours de la décennie passée, nous a conduit à observer l'attitude des juridictions constitutionnelles de plusieurs pays ayant eu à affronter le phénomène terroriste, *bien avant les événements de 2001*, afin de déterminer dans quelle mesure les juges constitutionnels parviennent à assurer le rôle qui leur a été confié par la Constitution, face à un phénomène si atypique.

La mission de la justice constitutionnelle se révèle en effet plus ardue en période de crise ou de terrorisme, qu'elle ne l'est en période de paix et de sécurité ². Durant de telles phases, le juge constitutionnel doit évidemment envisager l'examen des lois antiterroristes en intégrant le fait que la démocratie doit être protégée contre le terrorisme. Mais il doit aussi, et surtout, tout mettre en œuvre *pour protéger cette dernière des moyens que les États entendent utiliser pour combattre ce fléau*.

Le terrorisme est, en effet, un objet atypique (I), qui exige la mise en place d'une législation spécifique dans les ordonnancements (II), à l'encontre de laquelle le juge constitutionnel est obligé de développer un contrôle de constitutionnalité *sur mesure* (III).

I. - Un objet atypique

Le terrorisme ne ressemble à aucune autre forme de criminalité, même s'il emprunte de nombreux traits aux crimes et délits déjà réprimés dans les ordonnancements. Il se distingue par le rapport très étroit qu'il entretient avec le *pouvoir*. Le terme de terrorisme pourrait, en effet, être communément utilisé « pour décrire une stratégie de violence destinée à inspirer la terreur dans un secteur particulier d'une société donnée. Un tel effet est obtenu par l'emploi de méthodes,

² A. BARAK, « Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia », *Giur. Cost.*, 2002, p. 3390.

dont la propagation de l'acte en question, ou de son résultat, est destinée à produire un effet de choc psychologique, dont la portée s'étend bien au-delà du dommage réalisé. Le but d'une telle stratégie est d'atteindre un objectif lié "au pouvoir". C'est, donc le "pouvoir", dans son sens le plus large et dans ses diverses manifestations, qui est l'objectif visé par cette forme de violence »³.

De la sorte, la *violence* sert alors de « moyen d'expression par lequel se font entendre des groupes aux intérêts les plus divers, aussi bien corporatistes qu'idéologiques »⁴. Partant de l'idée que « les demandes justes et exposées avec politesse ne sont pas écoutées, mais [que] les menaces appuyées par la force donnent immédiatement un résultat », il est aisé de penser que « la justice d'une cause n'a aucune valeur, mais que seule compte la menace, d'où le développement monstrueux du chantage, des guerres et du terrorisme »⁵.

Ainsi, il n'existerait pas *un* terrorisme mais *des* terrorismes⁶, en raison de la multitude des revendications qui peuvent naître *contre* l'État.

Dans les années 1970, G. Bouthoul⁷ distinguait le terrorisme du pouvoir, le terrorisme des vaincus, le terrorisme de guerre civile et le terrorisme subversif.

³ C. BASSIOUNI, « Perspectives en matière de terrorisme », in *Mélanges P. Bouzat*, Paris, Pedone, 1980, p. 472.

⁴ R. SCHMELCK, G. PICCA, « L'État face au terrorisme », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 57. C'est nous qui soulignons.

⁵ Prof. BARUK, déclaration lors d'un colloque organisé à Paris, en 1972, sur la prophylaxie du terrorisme, cité par R. SCHMELCK, G. PICCA, « L'État face au terrorisme », *Ibid.*

⁶ Les différents types de terrorisme auxquels l'Espagne, la France et l'Italie ont été confrontées illustrent bien cette variété. Pour des présentations des catégories de terrorisme, cf., par exemple, J. ROBERT, « Terrorisme, idéologie sécuritaire et libertés publiques », *R.D.P.*, 1986, p. 1654 ; A. BERISTAIN, « Les terrorismes en Pays-Basque et en Espagne », *R.I.D.P.*, 1986, p. 134 ; R. OTTENHOF, « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », *R.S.C.*, 1987, p. 612 ; G. BOUTHOU, « Le terrorisme », *Études Polémologiques, Revue française de Polémologie*, n° 8, avril 1973, p. 37-46, in *La lutte internationale contre le terrorisme*, Paris, La Documentation française, Problèmes politiques et sociaux, n° 671, 1991, p. 3-4.

⁷ Dans la première catégorie, l'auteur insère le terrorisme qualifié parfois de terrorisme « d'État », en y ajoutant deux nuances : il estime que cette forme de terrorisme englobe également le terrorisme exploité par un gouvernement lors de conflits armés extérieurs à son territoire, à l'image des kamikazes japonais contre l'armée américaine, et le qualifie de « terrorisme virtuel [... qui joue] souvent un rôle de dissuasion ». La seconde catégorie correspondrait au terrorisme employé par les peuples vaincus, qui ne possèdent pas les moyens nécessaires pour entrer dans un véritable conflit, et qui ne peuvent mener de grands combats. Les actions sont alors menées par de petits groupes, dans le but de rendre la situation intenable pour le pouvoir *ennemi* en place. Il rattache ainsi la guérilla à cette forme de terrorisme et l'illustre par la révolte du peuple espagnol contre Napoléon, de 1940 à 1945 ou, encore, la guérilla des campagnes contre Mao Tsé-Toung, ce qui lui permet, au final, d'en relativiser l'efficacité. Il définit, ensuite, le terrorisme de guerre civile comme celui éclatant entre deux populations vivant ensemble, ou côte à côte, depuis des années, et qui, suite à un malentendu religieux ou idéologique, entrent en conflit. Cette forme se rapproche du terrorisme dit *interne*, de *revendications identitaires*, puisque l'auteur cite en exemple le cas de l'Irlande. Enfin, la dernière catégorie que l'auteur retient – le terrorisme subversif – est celle du terrorisme qualifié d'*idéologique*. Elle se caractérise par des actions de petits groupes, qui sont véritablement guidés par des organisations de plus grande envergure, en général résidant à l'étranger, qui forment les hommes, les endoctrinent pour les faire agir lors d'attentats (G. BOUTHOU, *ibid.*).

D'autres classifications évoquent le terrorisme interne, à base de « revendication d'identité »⁸, le terrorisme idéologique⁹ ou encore le terrorisme d'État¹⁰.

Plus récemment, une fusion de ces catégories a été opérée pour les rassembler en trois grands groupes, que constituent le terrorisme interne, le terrorisme international et le terrorisme global¹¹.

L'expression de terrorisme global ou *hyperterrorisme* est « une façon d'évoquer l'organisation, selon des réseaux qui utilisent les moyens de la globalisation technologique et financière pour relier des individus ou des groupes terroristes indépendamment de leur base territoriale »¹². Le terrorisme n'est plus relié à une structure étatique, qu'elle en soit l'origine ou la cible. C'est, à l'inverse, une nouvelle conception de l'organisation terroriste, qui s'est développée au travers d'une « structure horizontale [favorisant] la flexibilité et l'adaptabilité d'une organisation qui parvient, ainsi, à être à la fois permanente et évolutive ». Ainsi, même si certains

⁸ Ce terrorisme sert la cause d'un peuple opprimé ou d'une force politique persécutée, qui réagit contre la répression et la violence d'un pouvoir despotique. On peut y apparenter le Front de Libération National de la Corse (F.L.N.C.), en France, l'Armée républicaine irlandaise (I.R.A), qui tentent de se libérer de l'État auquel ils appartiennent, ou encore, l'action du groupe *Eusaki ta Askatasuna* (E.T.A. ou Pays basque et liberté), en Espagne, qui, depuis des années, milite pour l'autonomie du Pays basque. Un terrorisme similaire est employé, au niveau international, par des groupes en quête de territoire (on pense, ici, à la question de l'État palestinien, de l'occupation de la Bande de Gaza et les activités controversées d'une partie du Hamas ; à l'Armée secrète arménienne pour la libération de l'Arménie, ou A.S.A.L.A. ; au Parti des travailleurs du Kurdistan ou P.K.K.). Cf. J. ROBERT, « Terrorisme, idéologie sécuritaire... », art. cit., p. 1654.

⁹ Il est l'expression d'organisations aux idéologies révolutionnaires, qui souhaitent aussi bien éveiller le *peuple*, afin de le rallier à leur lutte, que détruire purement et simplement le régime en place, dans lequel elles ne se reconnaissent pas. Cette variante du terrorisme est apparue en Russie, à la fin du XIX^e siècle, puis sur le territoire européen, à travers des groupes se proclamant d'extrême-gauche et agissant dans un esprit anticapitaliste (Fractions de l'Armée Rouge en Allemagne, les *Brigate Rosse* en Italie, Action directe en France) ou, à l'inverse, de l'extrême-droite, en servant une idéologie alors fasciste (*Brigate Nere* en Italie). Une nouvelle variante de ce terrorisme a été illustrée par l'avènement des actions terroristes menées par des groupes formés à l'étranger, et qui réalisent leurs attentats sur le sol de pays *ennemis*, comme c'est le cas du Djihad islamiste.

¹⁰ Le terrorisme est alors le fait d'un État qui entend, ainsi, faire pression sur d'autres États, dans l'espoir de voir leur politique évoluer dans le sens qu'il souhaite. Cette manière d'agir conserve l'avantage, pour l'État qui l'exerce, de ne pas avoir à déclarer la guerre dans les formes prévues et organisées par les conventions internationales. Le conflit armé à proprement parler, est, par ce biais, *évit*é et remplacé par des techniques parallèles : un Gouvernement va ainsi aider des groupes minoritaires pour soutenir leur action contre le pouvoir en place, à l'instar de Louis XIV qui aida les insurgés de Catalogne. Le terrorisme peut aussi être le fait d'un État à l'encontre de son propre peuple. Il sert, cette fois-ci, à garder une *mainmise* ferme sur l'ensemble de la population qui, de la sorte, reste docile et manipulable à souhait. Il permet alors de condamner des ennemis politiques en les considérant comme des criminels de droit commun, pour de simples délits d'opinion, au mépris d'une quelconque liberté de penser. Ce terrorisme est un moyen de maîtriser la voix des opposants du régime en place, afin que celle-ci reste silencieuse. Au cours de l'histoire, quelques illustrations de cette forme de terrorisme peuvent être situées en Espagne, pendant l'Inquisition, ou en France, au cours de la Terreur.

¹¹ M. DELMAS-MARTY, « Typologie juridique du terrorisme : durcissement des particularismes ou émergence d'une communauté mondiale de valeurs », in M. DELMAS-MARTY, H. LAURENS (dir.), *Terrorisme : histoire et droit*, Paris, CNRS éditions, 2010, p. 167 et s.

¹² *Ibid.*, p. 167.

États se font les complices de ces groupes en leur offrant une base logistique, ce n'est plus un duel bilatéral qui se joue dans les conflits terroristes, mais une lutte plus *globale*, qui a pour objectif de soutenir un combat plus culturel que politique ¹³.

De ce point de vue, J. Robert estime, lui aussi, qu'un nouveau terrorisme émerge « sous nos yeux » : un terrorisme, cette fois-ci *théologique*, lié à « l'intégrisme qui mine quelques grandes religions révélées », et qui « fournirait la base doctrinale à des anathèmes lancés, par le monde par des esprits totalitaires qui ne concevraient point un monde pluraliste mais s'ancreraient dans l'idée d'un univers monolithique dominé par un Dieu unique, terrifiant, intraitable et vengeur » ¹⁴.

Cette multiplicité intrinsèque au phénomène lui confère une certaine opacité qui ne facilite pas son appréhension par le droit. Le terrorisme finit par représenter un ensemble « équivoque d'actes souvent très divers par leur nature, leurs motifs et leur but, et dont l'ensemble est tout aussi délicat à définir en théorie que difficile à cerner en droit positif » ¹⁵.

En outre, l'appréhension du terrorisme est également troublée par le *système de valeur* auquel ses manifestations renvoient. Entraînant une appréciation profondément subjective, les valeurs défendues par un type de terrorisme

¹³ À ce titre, la transformation des organisations terroristes est très significative de la globalisation du phénomène : G SALVI note ce constat qui précise que les enquêtes menées après les attentats de Madrid et de Londres révèlent que les pays n'ont plus affaire à des « organisations transnationales fortement structurées, mais à un magma de groupe diffus liés par une forte motivation à réaliser un idéal ». Il reprend, sur ce point, un extrait d'une décision de la Cour de cassation italienne, qui notait, également, que « les associations terroristes de caractère islamique qui ont émergé sur le territoire national jusqu'à aujourd'hui présentent des caractéristiques particulières : elles ne sont pas organisées entre elles hiérarchiquement, mais sont constituées de cellules autonomes et sont éventuellement seulement reliées entre elles pour des raisons contingentes » (*Cass.* 25 mai 2006 n.° 990 et 991). L'auteur poursuit en notant que ces différents groupes ne sont pas toujours reliés à des organisations connues, ou le sont de manière incertaine, leur structure n'est plus véritablement organisée et l'origine territoriale ne prédétermine plus l'appartenance à un groupe en particulier. Leurs membres sont souvent des nationaux européens ou des immigrés, stabilisés depuis longtemps dans le pays en question. Cf. G. SALVI, « Une alternative à la "guerre contre le terrorisme". L'expérience italienne », *Esprit*, n° 10, 2007, p. 66.

¹⁴ J. ROBERT, « Le terrorisme et le droit », *Annuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2003, p. 363. À l'inverse, G. SALVI estime qu'en termes de conviction, le nouveau terrorisme « est largement réductible à un refus de la modernité, entendue comme ce qui empêche soit, matériellement (en raison de l'exploitation des ressources nationales dans le cadre de la mondialisation), soit surtout, spirituellement, l'accomplissement d'une manière de vivre, de se percevoir, de se représenter ou encore de se rapporter à la foi ». À son sens, il ne serait donc pas possible de définir le nouveau terrorisme comme un fondamentalisme religieux, sauf à encourir le risque d'employer des termes impropres et partiels. « Une motivation idéaliste du terrorisme se lie, par le truchement de la religion, à un thème politique fort, ressenti à l'intérieur même des sociétés occidentales, dans lesquelles diverses communautés resserrées partagent un sentiment de perte d'identité. » Ceci peut constituer un terrain fertile au développement du terrorisme. De même que les enquêtes menées sur les attentats suicides de Londres démontrent que la marginalisation ne peut constituer le seul terrain de développement. Il conclut que « le terrorisme "international" présente en réalité toujours les caractéristiques du terrorisme "interne" ». Cf. G. SALVI, « Une alternative à la "guerre contre le terrorisme"... », art. cit., p. 66.

¹⁵ R. SCHMELCK, G. PICCA, « L'État face au terrorisme », art. cit., p. 53.

transcendent toute logique pour qui se trouve dans le camp *opposé*. Cette scission semble inévitable. Le terrorisme implique, *de facto*, l'opposition de deux idéaux, chacun des défenseurs s'estimant plus légitime que son ennemi à faire imposer sa manière de penser. Le terrorisme appelle alors une conception *du bien* et *du mal* infiniment relative, qui ne pourra jamais faire l'unanimité ¹⁶.

En effet, la variété des terrorismes soulève la délicate question de savoir à partir de quel moment la lutte de certains individus ou groupes d'individus est légitime et quand elle ne l'est plus. Cela revient à s'interroger sur le fait de savoir où commence et où s'arrête la *juste* lutte pour revendiquer des droits. Si, dans les États non démocratiques, le terrorisme peut, d'une certaine manière, constituer un droit de résistance à l'oppression et être un moyen de réponse, plutôt qu'une attaque, afin d'obtenir par la force ce que les dirigeants refusent, il ne peut en être de même dans un État démocratique. En d'autres termes, plus le niveau de démocratie est élevé, moins le terrorisme sera légitimé ¹⁷.

Le fossé qui se creuse entre les deux pôles de valeurs est également renforcé par l'auréole qui peut être apposée sur la tête des terroristes fanatiques qui ont mené une lutte convaincue contre le *mal*, en le payant, souvent, de leur propre vie. Ces

¹⁶ La capacité du terrorisme à se présenter comme l'unique, ou l'ultime, moyen de se faire entendre et de défendre une cause considérée comme étant *juste*, lui permet, ainsi, d'être un instrument entre les mains de personnes d'origine diverse. Les causes du terrorisme ne peuvent alors être envisagées que dans une perspective multifactorielle, qui mettra en exergue la complexité du phénomène, comme le souligne F. PALAZZO, qui considère que « comme pour tous les phénomènes criminels [...] il faut répéter qu'il est impossible de fournir une explication en termes unilatéraux ou mono-factoriels ». Il conviendrait, à son sens, d'analyser séparément, mais sans pouvoir tout de même les éloigner, les causes politiques, sociales et individuelles qui poussent les individus vers ces mouvements. Ainsi, « la tentative de fournir une description étiologique du terrorisme ne peut être effectuée qu'à deux conditions. D'un côté, il est indispensable de se placer dans une perspective multifactorielle, même s'il est permis de supposer que les causes sociales prévalent sur les causes individuelles, ainsi que la concentration du phénomène dans le temps et parmi les couches jeunes de la population de pays relativement homogènes le laisse présumer. D'autre part, il ne faut pas céder à la tentation de fournir les explications causales selon un strict déterminisme anthropologique ou social. Des présomptions de ce genre seraient non seulement arbitraires sur le plan historique, puisqu'il est impossible de cerner [...] tous les facteurs qui ont contribué à produire le terrorisme. Elles seraient également en contradiction avec le rôle attribué au droit pénal en tant qu'instrument de prévention générale du terrorisme ; ce rôle suppose que l'on fasse l'hypothèse d'un choix individuel de passer à la lutte armée ». L'auteur analyse ensuite ces différentes causes séparément (« *Terrorisme et législation anti-terroriste en Italie* », R.S.C., 1987, p. 641-642. V., également, « l'examen de conscience » fait par J. ROBERT au sujet des attentats du 11 septembre 2001, « *Le terrorisme et le droit* », art. cit., p. 369 et s.).

¹⁷ Comme le souligne J. ROBERT : « Quant à la légitimité du terrorisme, si on peut, à la rigueur, l'admettre dans des pays vaincus ou occupés, dans des zones sous-développées matériellement, culturellement ou politiquement, où il n'y a plus d'autre recours que la violence contre le despotisme d'un homme, d'un parti, d'une tribu, d'une religion, d'une catégorie sociale, ou, dans toutes les formes de régimes autoritaires où les scrutins sont faussés, l'opposition traquée, l'information asservie, il n'est en revanche pas acceptable dans les États où existe un minimum de démocratie. Par son existence même, ce minimum de démocratie politique interdit le recours à la violence puisque d'autres voies – beaucoup plus paisibles – de protestations sont ouvertes. » (« *Le terrorisme et le droit* », art. cit., p. 363).

individus deviennent ainsi des *sauveurs*¹⁸ pour une partie de la population d'un pays ou un groupe d'individus se sentant opprimés, alors qu'il est l'emblème du mal pour les *autres* individus qui ont été visés par l'attentat.

Le panorama dans lequel s'inscrit l'étude du terrorisme est donc troublé et altéré par un *paradoxe* déroutant : le terrorisme est à la fois évident et hermétique, manifeste et obscur. Cette dualité crée un espace de perception à double fond : l'évidence, de prime abord, de son caractère terrible et violent et, dans un second temps, les mystères soulevés par son caractère impénétrable et les questionnements multiples quant aux motivations des acteurs et au devenir de leurs revendications. Autrement dit, malgré une vision très nette de ce que le terrorisme représente en termes de menace et de dangerosité, la lutte contre lui ne peut se mettre en place sans la résolution de sérieuses interrogations sur la manière d'organiser la lutte.

Nonobstant le bien-fondé de ces interrogations, « lutter contre le terrorisme est [...] l'un des devoirs primordiaux des États »¹⁹. Gouvernements et législateurs ont donc surmonté toutes ces difficultés et affronté l'atypisme de l'objet en lui fournissant une réponse de nature hybride.

II. - Une législation spécifique

D'une manière générale, les dispositifs antiterroristes instaurés dans les États qui ont eu à connaître du terrorisme – comme en Espagne, en France et en Italie – sont des régimes dérogatoires au droit commun, adoptés par la voie normative classique. En d'autres termes, ils ne sont ni l'expression du droit *ordinaire* de l'État, ni celle du droit exceptionnel prévu par les ordonnancements. Ils finissent alors par devenir une sorte d'*entre-deux*.

Les États ont opté pour cette formule hybride après avoir éprouvé les limites indéniables des règles de droit commun pour gérer le problème terroriste.

Tous ont répondu à ce dernier en choisissant, dans un premier temps, d'écarter spontanément l'utilisation des régimes exceptionnels existant dans les

¹⁸ On trouve les termes de *croisé*, *justicier* ou *archange* qui serait « promis au paradis, convaincu, jusqu'à sa mort, de la justesse de sa cause, sûr d'être moralement absous de ses crimes à venir, inspiré tout à la fois [...] par une éthique de la conviction et une éthique de l'efficacité, sinon de la responsabilité » (J. ROBERT, « Le terrorisme et le droit », art. cit., p. 363).

¹⁹ J. ROBERT, « Terrorisme, idéologie sécuritaire... », art. cit., p. 1654 ; dans le même sens, A. BERISTAIN, « Les terrorismes en Pays-Basque... », art. cit., p. 134 ; R. OTTENHOF, « Le droit pénal français... », art. cit., p. 612.

ordonnancements²⁰ pour privilégier une attitude prudente, qui a consisté à favoriser la gestion du problème par les règles de droit commun. Ils se sont toutefois résolus, dans un second temps, au constat de l'évidente nécessité d'une réponse plus adaptée aux particularités de l'objet, réponse qui s'est formalisée par un dosage subtil entre le droit commun et l'exigence d'une sévérité plus poussée.

Cette manière d'affronter le terrorisme, qui s'est imposée aux États, soulève des questions fondamentales sur la nature même de la législation relative au phénomène et, plus précisément, sur l'attitude des États à l'égard de ce dernier.

En effet, le caractère hybride de la législation antiterroriste a fini par devenir, au fil du temps, tellement ambivalent, que cette dernière se trouve, aujourd'hui, écartelée entre le droit ordinaire et le droit d'exception, mouvement violemment accentué par l'impact des attentats du 11 septembre 2001, sur la conception de la lutte contre le terrorisme, en particulier, et le concept de sécurité, en général.

La législation antiterroriste est progressivement devenue plus exceptionnelle et plus ordinaire : plus exceptionnelle si l'on retient le degré de sévérité des dispositions qu'elle met en œuvre ; plus ordinaire, si l'on se concentre sur sa durée d'application.

II.1. Une législation plus exceptionnelle

Chaque modification de la législation antiterroriste correspond à une extension de son emprise sur le régime des droits fondamentaux. La survenance

²⁰ On pense ainsi à l'hypothèse de la guerre, inscrite au sein même des Constitutions espagnole, française et italienne : V. les articles 15, 63, alinéa 3, et 169 de la Constitution espagnole ; l'article 35 de la Constitution française et l'article 78 de la Constitution italienne. Les régimes exceptionnels, qu'ils soient qualifiés d'état d'urgence, d'exception, d'alerte, ou encore de siège, sont prévus par les textes constitutionnels, complétés, parfois, par des lois en Espagne et en France : en Espagne, V. les articles 55-1 et 116 de la Constitution espagnole (état d'alerte, état d'exception et état de siège), et la loi 4/1981 du 1^{er} juin sur les états d'alerte, d'exception et de siège (*B.O.E.*, n° 134 du 5 juin) ; en France, nous renvoyons aux articles 16 (pouvoirs exceptionnels du Chef de l'État) et 36 (état de siège) de la Constitution française, ainsi qu'aux lois n° 55-385 du 3 avril 1955 (état d'urgence) et du 3 avril 1878 (état de siège). En revanche, la Constitution italienne de 1947 ne contient aucune disposition expresse sur un éventuel régime d'exception. Le sujet avait pourtant été évoqué lors des travaux constitutifs. Pour une vision complète des débats sur la question, B. CERCHI, « Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente », *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 1108 et s. ; L. CARLASSARE, « Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati », in M. GALIZIA, P. GROSSI, *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milan, Giuffrè, 1990, p. 479-490 et P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologne, Il Mulino, 2006, p. 203-207). Cependant, sur la base d'une interprétation discutable des travaux préparatoires (cf. V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milan, Mondadori, 1991, p. 85), et à partir de l'expérience passée du Statut Albertin (cf. G. DE VERGOTTINI, « Les états de nécessité en droit public italien », *Cahiers du C.D.P.C.*, vol. III, 1988, p. 73-74), certains (cf. V. FALZONE, *Ibid.*) affirmèrent que les Constituants avaient donné la possibilité aux pouvoirs publics de réagir à certains problèmes, inhérents à la vie politique de tout État, en leur offrant un état de nécessité intérieure, par opposition à l'état de nécessité *internationale* correspondant à une situation de guerre (art. 78 de la Constitution). Le fondement de l'état de nécessité *intérieure* pourrait se situer dans l'article 77 de la Constitution italienne, en raison de la terminologie assez *ouverte* qu'il emploie pour décrire ses conditions de mise en œuvre (G. DE VERGOTTINI, *Ibid.*, p. 71).

d'un attentat met en exergue les failles des mesures en vigueur et incite les Gouvernements à les retoucher, afin de les rendre plus effectives. Les doutes quant au bien-fondé de ces révisions répétées sont le plus souvent balayés par la gravité de la menace que le terrorisme fait peser sur les États.

C'est ainsi que la notion même de sévérité est aisément altérée par des faits particuliers, notamment durant la période très sensible qui suit un attentat. Animés par le double objectif de frapper fort pour éradiquer le terrorisme et rassurer des citoyens choqués, les Gouvernements n'hésitent pas à renforcer le degré de sévérité de l'arsenal législatif dans deux directions : les mesures antiterroristes, au départ assez bien circonscrites à l'idée que l'on se fait du phénomène, s'élargissent, d'une part *horizontalement*, à travers l'extension du champ d'application des lois et, d'autre part, elles sont modifiées *verticalement*, du fait de l'impuissance des mesures en vigueur à enrayer le phénomène. Les réponses au terrorisme envahissent, de la sorte, la sphère personnelle des individus, qui voient un nombre plus important de leurs droits aménagés et d'une manière toujours plus drastique. La sévérité ne cesse donc de croître, laissant place à des mesures à large spectre d'intervention.

L'ascension sur l'échelle de la rigueur a été entreprise dès l'adoption des premières lois *antiterroristes*²¹. L'abandon des moyens de droit commun, au profit d'un droit spécial plus répressif, a signifié le passage à une « politique de sévérité

²¹ En Espagne, la première loi antiterroriste est adoptée concomitamment à l'adoption de la nouvelle Constitution. La loi 56/1978 prévoit, notamment, le domaine d'application de la loi ; l'allongement du délai de garde à vue ; la surveillance des communications postales et téléphoniques ; la centralisation des jugements en matière de terrorisme par l'*Audiencia Nacional* ; l'application temporaire de cette loi pour une année, avec une information du Parlement avant le terme de l'application pour faire le bilan des mesures adoptées. La loi n'implique aucune modification des codes en vigueur. En Italie, le premier texte antiterroriste est le décret-loi n° 59 du 21 mars 1978 (converti par la loi n° 191 du 18 mai 1978), qui insère, dans le code pénal et de procédure pénale, de nouvelles incriminations, assorties de peines de réclusion plus longues et d'un régime des circonstances atténuantes plus encadré, et toute une série de mesures visant à faciliter les enquêtes sur les actes de terrorisme (communication de documents entre autorités, écoutes téléphoniques, possibilité d'emmener au poste des personnes ne pouvant être identifiées ; contrôle poussé de location de certains immeubles pouvant servir de base pour les terroristes). La loi française n° 86-1020 du 9 septembre 1986 introduit une série de modifications au code pénal et de procédure pénale afin de réprimer les actes de terrorisme. Pour ce faire, elle introduit, d'abord, un concept de terrorisme qui n'a d'intérêt qu'au regard de la procédure et de la sanction. En effet, ce n'est pas une nouvelle infraction qui est introduite, mais une liste d'infractions déjà réprimées par les textes en vigueur, qui reçoivent la qualification *terroriste* dès lors qu'elles sont commises par une entreprise terroriste et dans un objectif précis. Ainsi, toute infraction qualifiée de *terroriste* sera soumise à un régime procédural spécifique (centralisation des procédures judiciaires en matière de terrorisme à Paris ; allongement du délai de garde à vue ; dispense de l'accord de l'intéressé en cas de perquisition, visite domiciliaire ou saisie au cours d'une enquête préliminaire ; création d'une Cour d'assises spécialisées (jurés magistrats professionnels seulement, pas de jury populaire) ; délais d'emprisonnement allongés selon certaines caractéristiques des infractions ; sanctions propres qui se superposent aux peines édictées par la loi pour les infractions ordinaires (qui peuvent éventuellement être qualifiées de *terroristes*) : la qualification terroriste devient donc une circonstance aggravante (interdiction de séjour entre 2 et 10 ans à titre de peine complémentaire) ; mesures d'exemption ou de réduction de peine pour les repentis.

renforcée »²². La poursuite de cette voie a été sans cesse confirmée au cours de la construction du socle de la législation antiterroriste dans chacun des États.

J.-L. de la Cuesta évoque ainsi, à propos de l'Espagne, une « forte réaction autoritaire de la part de l'État et la création d'un droit spécial pour les terroristes » : sur la base constitutionnelle de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, ont été adoptées plusieurs lois antiterroristes, qui organisent restriction et suspension des droits fondamentaux²³, « très souvent en violation des principes fondamentaux du système démocratique que l'on veut protéger »²⁴.

Ce mode de réaction ne peut que laisser songeur, car, si « nécessité fait loi », il n'est pas certain qu'elle fasse « au demeurant de bonnes lois »²⁵. En revanche, il est certain qu'il pousse la législation antiterroriste vers les frontières du droit d'exception²⁶.

²² Ainsi l'explique J. PRADEL pour la France. Il précise que, si le Gouvernement avait opté pour la gestion du terrorisme à travers les instruments ordinaires du droit commun, cela aurait correspondu à « une politique de sévérité moyenne puisque déjà des actes de terrorisme ne bénéficient pas du statut bienveillant de l'infraction politique », et il cite plusieurs arrêts de la chambre criminelle en ce sens et *contra*, (« Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal (loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 », *D.*, 1987, p. 41, notes 24 et 25).

²³ Notamment : détention, secret des communications, inviolabilité du domicile, durcissement du système pénal pénitentiaire, nouvelles incriminations pénales avec des peines plus sévères.

²⁴ J.-L. DE LA CUESTA, « Traitement juridique du terrorisme en Espagne », *R.S.C.*, 1987, p. 590-591.

²⁵ R. OTTENHOF, « Le droit pénal français... », art. cit., p. 608. Les lois antiterroristes ont pourtant été le plus souvent adoptées dans des périodes troublées de *post-attentat*. Le caractère circonstancié des lois antiterroristes ressort de manière assez flagrante en France et en Italie, il est moins prononcé pour l'Espagne.

²⁶ Ce rapprochement est aussi favorisé par la proximité des sources du droit d'exception et de la législation antiterroriste en Espagne. Certains auteurs estiment que, par le biais de l'article 55-2, il a été inséré dans le texte constitutionnel « ce qui aurait dû apparaître dans une loi d'urgence »²⁶ (F. FERNÁNDEZ SEGADO, « Artículo 55 : Suspensión de derechos », in O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tome IV, Madrid, Cortes generales Editoriales de derecho reunidas, 1996, p. 628). Au cours des travaux constitutifs, déjà, le sénateur BANDRES MOLET s'opposa fermement à la constitutionnalisation de la suspension individuelle des droits dans le cadre des recherches antiterroristes, à l'article 55-2, car il estimait qu'elle consacrait un état d'exception particulier et dissimulé (*D.S.S.* núm. 47, du 31 août 1978, p. 2138). Pour E. ALVAREZ CONDE, il est clair que le mécanisme de l'article 55-2 de la Constitution espagnole « ne peut être considéré comme faisant partie intégrante du droit d'exception, mais plutôt comme une réponse, ponctuelle et concrète, du constituant à l'exigence de lutter contre le terrorisme » (Cf. « Stato di diritto. Il caso spagnolo », in T. GROPPI, *Democrazia e terrorismo*, Lezioni Volterranne, vol. I, Naples, Editoriale Scientifica, 2006, p. 356). On retrouve un raisonnement similaire pour l'Italie. Il a parfois été souligné que les lois d'*emergenza* « seraient pourvues des mêmes caractéristiques que les actes que l'on qualifie, en Italie, *necessitati ed eccezionali*, c'est-à-dire ceux des actes édictés dans le cadre d'un « état de nécessité », et dont la forme et le contenu sont modelés par la nécessité sociale et politique du moment » (J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le "fait" en Italie et en France*, Paris, Economica, 2001, p. 274. Il renvoie, pour la conception de l'état de nécessité, à G. CAMUS, *L'état de nécessité en démocratie*, Paris, LGDJ, 1965, p. 14, G. DE VERGOTTINI, « Les états de nécessité... », art. cit., p. 71 et s. ; Ph. TERNEYRE, « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité. Contribution du Conseil constitutionnel à un droit constitutionnel de la nécessité », *R.D.P.*, 1997, p. 1490-1491, notes n° 5 et 8 ; G. GICQUEL, « Les états de nécessité », in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1987, p. 171 et s). L'assimilation entre les lois d'*emergenza* et les actes *necessitati ed eccezionali* a ainsi été opérée (selon V. ANGIOLINI, il s'agirait de la doctrine et de la jurisprudence qui aurait une fâcheuse tendance à les assimiler, cf. *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padoue, Cedam, 1986, p. 194 et s).

II.2. Une législation plus ordinaire

À l'inverse, mais dans le même moment, les mesures antiterroristes sont appliquées sur des périodes de plus en plus longues, au point de devenir quasiment permanentes, alors que la majeure partie d'entre elles sont adoptées, initialement, pour une durée temporaire.

La pérennisation des dispositifs antiterroristes a, dès le départ, été favorisée par l'usage des sources normatives classiques pour mettre en place les réponses au terrorisme ²⁷. Cependant, les législateurs, conscients de cette éventuelle déviance, ont tempéré l'utilisation des normes législatives par la mention, au sein même des textes, d'une durée d'application limitée dans le temps. Cette application provisoire leur a aussi permis de faire accepter plus facilement aux plus sceptiques, la sévérité qui caractérisait ces dispositions.

Or, cela n'a pas suffi. Parmi les lois adoptées, seules quelques dispositions ont expressément été prévues *a termine*. Tout un pan des lois antiterroristes entre et reste donc en vigueur sans limite temporelle ²⁸. Parmi les dispositions prévues *a termine*, la plupart sont généralement prorogées, dès lors que leur efficacité a été démontrée et que leur maintien s'avère nécessaire dans le contexte du moment ²⁹. Certaines mesures sont donc maintenues en vigueur au-delà de leur date de validité. La prorogation peut aussi être symbolisée par l'adoption de nouvelles lois, reprenant les mesures contenues dans les lois précédentes et arrivant au terme de leur application (dans les mêmes termes ou selon une conception plus sévère) ³⁰.

La législation espagnole est, à ce titre, un parfait exemple de la permanence de la législation antiterroriste. La suspension des droits fondamentaux, prévue à l'article 55-2 de la Constitution, était, à l'origine, une mesure qui avait vocation à s'appliquer de manière limitée dans le temps. Or, depuis l'adoption de la première

²⁷ Ainsi, ce sont les lois organiques en Espagne, les lois ordinaires et, essentiellement, les décrets-lois, qui constituent le support normatif de la législation antiterroriste.

²⁸ Par exemple, six des articles de la loi organique espagnole 9/1984 ont été adoptés pour une durée de deux ans, mais ceux relatifs à la suspension individuelle des droits fondamentaux et au contrôle parlementaire n'étaient pas inclus dans cette liste. En vertu de la seconde disposition finale de la loi organique, les articles dont l'application était limitée à deux ans, étaient l'article 4, (règles spécifiques sur la responsabilité pénale), l'article 5 (déclaration d'illégalité et dissolution des associations), l'article 6 (réduction de peines pour les repentis), l'article 19 (durée de la détention préventive et suspension de la remise en liberté), l'article 20 (suspension préventive d'activités), et l'article 22 (suspension des fonctions publiques).

²⁹ Force est de constater que la nécessité se fait toujours sentir, cf. P-G. GRASSO, S. ILLARI, « Questione di teoria generale del diritto pubblico... », *Il Politico*, n° 3, 2007, p. 94-95 ; G. DE VERGOTTINI, « La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo », *Rassegna parlamentare*, 2004, p. 439.

³⁰ L'article 23 de la loi française sur la sécurité quotidienne, du 15 novembre 2001, qui organisait les fouilles de véhicules, devait, en vertu de l'article 22 du même texte, cesser d'être appliqué au 31 décembre 2003. L'article 23 insérait un nouvel article 78-2-2 dans le code de procédure pénale. Ce dernier texte a été pérennisé par l'article 11 de la loi pour la sécurité intérieure, du 18 mars 2003.

loi organique mettant en œuvre cette disposition constitutionnelle, la suspension des droits fondamentaux a toujours été en vigueur ³¹.

Les Gouvernements justifient aisément la pérennisation des régimes antiterroristes en avançant l'argument de la permanence de la menace terroriste. Depuis 2001, le constat est implacable : une menace mondiale est perpétuellement relayée par les médias et ravive la crainte de nouveaux attentats. Cependant, même avant 2001, le même constat était fait par les Gouvernements espagnols, français et italiens, en raison des groupes terroristes toujours actifs sur leur territoire. Ceci explique que le noyau dur des mesures antiterroristes a été inséré dans les codes pénaux et de procédure pénale de chacun de ces pays.

Finalement, il est plutôt rare que les dispositions antiterroristes adoptées, à l'origine, pour un temps limité, n'intègrent pas de manière définitive le corpus normatif. Malgré l'impact que cette incorporation possède sur la conception de la politique criminelle ³², elle se fait souvent dans un lourd silence, qui peut être interprété comme une indifférence générale ou un accord tacite des citoyens, désireux d'une lutte ferme contre le terrorisme.

II.3. La nature hybride de la législation antiterroriste

Ainsi, plus sévère d'un côté et plus permanente de l'autre, la législation antiterroriste s'éloigne du droit ordinaire, tout en semblant le devenir, et se rapproche du droit d'exception sans jamais en recevoir la qualification.

Les autorités politiques se montrent fermement opposées à l'idée que la législation antiterroriste puisse constituer un régime d'exception à part entière, au sens propre du terme. La forte négation de cette éventualité reçoit une double justification.

Une première explication réside dans l'aversion développée par les États à déclarer ouvertement, de nos jours, un régime dit *exceptionnel*. Les pratiques nationales, dans la période de l'après-guerre et, plus précisément, depuis l'entrée en

³¹ C. LAMARCA PEREZ note que « les législations antiterroristes démocratiques mais préconstitutionnelles prévoyaient un terme à leurs effets “de façon à ne pas altérer de façon définitive la structure du système juridique normal en vigueur”, conformément aux termes mêmes de la loi 56/1978. Cependant, avec les lois de l'ère constitutionnelle, disparut toute mention de l'aspect transitoire de cette législation » (*Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1985, p. 365 ; F. ALVAREZ-OSSORIO MICHEO, « El “adecuado control parlamentario” (art. 55.2 CE), según la STC 71/1994 », *R.E.D.C.*, n° 43, 1995, p. 288 et s.).

³² Le contraste entre la stabilité dont un ordonnancement a besoin, qui se caractérise par des normes entrant en vigueur de manière définitive, et la législation pénale relative à la gestion des urgences qui doit, à l'inverse, s'appliquer sur des périodes très courtes, a été très tôt souligné par la doctrine italienne. V. A. PAGLIARO, « Sulla tutela penale dell'ordine pubblico nella legislazione dell'emergenza », in G. PASQUINO (*a cura di*), *La prova delle armi*, Bologne, Il Mulino, 1984, p. 1036.

vigueur des Constitutions actuelles, démontrent que les États n'ont quasiment plus eu recours à ce mode de gestion de crise³³. Le développement des relations diplomatiques au cours de la seconde moitié du XX^e siècle a permis la stabilisation d'une période de paix, qui contraste avec les mouvements violents de la première partie du siècle.

Dès lors, si l'on considère que l'ensemble des régimes exceptionnels, que ce soit l'état de guerre ou les états d'urgence, entraîne une altération de l'organisation interne des compétences constitutionnelles et du régime de certains droits, leur instauration solennelle pourrait être perçue comme une « régression à une situation passée [...] illustrée par un Gouvernement qui décidait sans requérir l'avis du Parlement »³⁴.

Cette attitude étatique se faisait déjà sentir dans les années 1980³⁵. Ainsi, P. Pinna notait que l'établissement d'un état d'exception « serait reconnu comme subversif aujourd'hui dans l'ordonnancement constitutionnel, donc peu différent d'un coup d'état sanguinaire, si ce n'est ouvertement comme tel » et, tout

³³ On note une utilisation ponctuelle de ces régimes dans des contextes bien particuliers. En Espagne, le Gouvernement a déclaré l'état d'alerte en décembre dernier, pour la première fois en 35 ans de démocratie post-franquiste, afin de briser la grève des contrôleurs aériens. V. le décret-loi royal 1673/2010 du 4 décembre, *B.O.E.* n° 295 du 4 décembre 2010. En France, l'état d'urgence a été utilisé pendant les premières années de l'application de la Constitution française, pour résoudre le conflit en Algérie, puis en 1984, pour le territoire de la Nouvelle-Calédonie (qui donna lieu à la décision du 25 janvier 1985 du Conseil constitutionnel) et, plus récemment, en 2005, pour mettre fin aux émeutes dans les banlieues françaises (Cf. décret n° 2005-1386 du 8 novembre 2005, portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, *JORF*, p. 17593). L'état d'urgence fut ensuite prorogé par la loi du 18 novembre 2005 pour une durée de trois mois (Loi n° 2005-1425 du 18 novembre 2005, *JORF*, 19 novembre 2005, p. 18025). Le Conseil d'État a été saisi de plusieurs recours contre le décret présidentiel et celui du Premier ministre qui suivit (CE. ord. 14 novembre 2005, *Rolin*, req. n° 286835, *AJDA*, 2006, p. 501 et CE. Ass. 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, req. n° 286834, *AJDA*, 2006, p. 1033). Pour une réflexion sur l'état d'urgence de nos jours, P. CAILLE, « L'état d'urgence – la loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation », *R.D.P.*, 2007, p. 323 et s. En Italie, l'approche de l'état d'urgence est différente, car ce dernier est très fréquemment déclaré par décret du Président du Conseil des ministres pour gérer des problèmes ponctuels. Ainsi, l'état d'urgence a été déclaré pour la gestion du problème des déchets à Naples et dans la région Campanie (V., parmi les très nombreux décrets adoptés sur une longue période, D.P.C.M. 25/01/2007), pour faire face à la crise des institutions pénitentiaires (D.P.C.M. 13/01/2010), et plus récemment, suite à l'arrivée massive de migrants en provenance de Tunisie (D.P.C.M. 7/04/2011). La question de l'immigration est gérée, depuis longtemps en Italie, par ce biais (V. D.P.C.M. 20/03/2002).

³⁴ G. DE VERGOTTINI, « La difficile convivenza... », art. cit., p. 433.

³⁵ Ce qui contribue à justifier le choix des États de ne pas utiliser ces régimes, alors qu'ils étaient déjà en proie à une menace terroriste soutenue, au-delà même de leur inadaptation sémantique : le terrorisme ne correspond pas à « une insurrection ou un acte de force contre la souveraineté ou l'indépendance de l'Espagne, ou à une atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'ordonnancement constitutionnel que le Gouvernement ne puisse résoudre par un autre moyen » (Article 32 de la loi organique espagnole 4/1981 du 1^{er} juin, relatif à l'état de siège), ni à un « péril imminent, résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée », ou « d'atteintes graves à l'ordre public », ou des « événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique » (Conditions de mise en œuvre de l'état d'urgence cité à l'article 1^{er} de la loi française du 3 avril 1955), pas plus qu'il ne rend « impossible le maintien de la normalité par les pouvoirs ordinaires des autorités compétentes » (Condition de mise en œuvre de l'ensemble des régimes exceptionnels en Espagne. V. l'article 1^{er} de la loi organique 4/1981 du 1^{er} juin).

spécialement, au regard des incidences que cette déclaration aurait sur l'organisation constitutionnelle³⁶ ; de même, une telle instauration « ne serait pas juridiquement admissible, dès lors qu'elle pourrait être utilisée par la majorité au pouvoir pour altérer et saper de manière définitive, le compromis par lequel les forces politiques présentes lors de l'Assemblée constituante ont décidé de réglementer les rapports entre majorité et minorité (et opposition) »³⁷.

Ces dernières années, la réticence à officialiser l'entrée en vigueur d'un régime dérogatoire à la normalité s'exprime toujours aussi nettement face à la montée de la menace terroriste³⁸. Exceptée la *guerre* contre le terrorisme engagée par les États-Unis³⁹, aucun État n'a eu recours à des régimes exceptionnels pour combattre le phénomène⁴⁰.

Ce refus se comprend par le fait que la proclamation d'un régime exceptionnel soulignerait le passage officiel d'un état de paix à un état d'exception ou de crise, et sonnerait comme un aveu, d'une part, de l'impuissance étatique face à la gravité des difficultés rencontrées et, d'autre part, de l'inefficacité des modes internationaux de coopération de gestion des conflits, sentiments d'autant plus

³⁶ P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milan, Giuffrè, 1988, p. 137.

³⁷ C. FRESA, *Provisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padoue, Cedam, 1981, p. 115.

³⁸ Si l'inadaptation des régimes d'exception peut être comprise pour faire face à un attentat, elle peut, en revanche, être discutée lorsqu'il s'agit d'affronter une série d'attentats perpétrés dans un laps de temps réduit. Cette hypothèse peut, en effet, être susceptible de rendre impossible le maintien de la normalité par les pouvoirs ordinaires des autorités compétentes ou d'altérer si gravement « le libre exercice des droits et libertés des citoyens ou le fonctionnement normal des institutions démocratiques et des services publics essentiels pour la communauté ou tout autre aspect de l'ordre public [...] que les pouvoirs ordinaires seraient insuffisants pour rétablir [ce dernier] ou le maintenir », comme le prévoit l'article 13 de la loi organique espagnole 4/1981 du 1^{er} juin relatif à l'état d'exception.

³⁹ De nombreux observateurs se sont interrogés sur le bien-fondé de la réaction des États-Unis après le 11 septembre, lorsqu'ils ont décidé de lancer une offensive armée contre l'Afghanistan, V. L. CONDORELLI, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *Rev. Gén. Dr. Inter. Public*, 2001, p. 834-840. Sur le concept de guerre contre le terrorisme, v. P. CARNEVALE (dir.), *Guerra e costituzione*, Actes du colloque organisé à l'Université de Rome, le 12 avril 2002, Turin, Giappichelli, 2004 ; G. DE VERGOTTINI (G.), *Guerra e Costituzione, Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologne, Il Mulino, 2004 ; C. CAMUS, *La Guerre contre le terrorisme. Dérives sécuritaires et dilemme démocratique*, Paris, Le Félin, 2007, p. 26 et s. ; Cl. EMANUELLI, « Faut-il parler d'une "guerre" contre le terrorisme ? », *Annuaire canadien de droit international*, 2008, p. 415 et s.

⁴⁰ Il faut toutefois souligner une tendance inverse de la part de quelques États qui, avec une certaine désinvolture et malgré une reconnaissance de la séparation des pouvoirs et des garanties des libertés, sont historiquement enclins à l'autoritarisme : G. DE VERGOTTINI fait référence à la Colombie (*estado de conmoción*, art. 213 de la Constitution), l'Inde (*Prevention of Terrorism Ordinance* n° 9/2001 du 24 octobre 2001), l'Indonésie, qui est d'abord passée par une phase d'adoption d'une série de décrets d'urgence après les attentats de 2001, mais qui, suite aux attentats de Bali d'octobre 2002, a réintroduit le régime en vigueur avant la vague de démocratisation symbolisée par la Constitution de 1998, après un long régime autoritaire, conduisant à la déclaration de l'état d'urgence, possibilité de la peine capitale, suspension de l'*habeas corpus* et de nombreux droits, détention sans procès, l'Égypte enfin, qui, le 23 février 2003, a prolongé l'état d'urgence toujours dans le souci de lutter contre le terrorisme. Finalement, aucune partie du globe n'a été épargnée par cette vague de résurgence des états d'urgence stoppant les processus de démocratisation initiés dans de nombreux pays. (V., pour plus de détails G. DE VERGOTTINI, « La difficile convivenza... », art. cit., p. 434).

inacceptables dans un monde où le politique se positionne comme le *sauveur* de toutes les crises et doit avoir – une bonne ? – réponse à tout.

Dès lors, aucun État ne surmonte cette réticence, bien qu'une position claire apporterait l'avantage d'instaurer un système de garanties formelles pour les droits fondamentaux ⁴¹.

Or, et il s'agit là de la deuxième raison justifiant le refus des États à assimiler *législation antiterroriste et régime d'exception*, c'est justement cette clarté de position que les États ne peuvent aujourd'hui assumer, en raison de la réalité de la permanence de la menace terroriste depuis plusieurs années.

Quand bien même les États se résoudraient à déclarer officiellement ce passage d'un état de paix à un état d'exception ou de crise, la vivacité de la menace terroriste – évidente depuis 2001, mais déjà latente avant cette date – les obligerait à maintenir ce régime trop longtemps pour un État qui se prétend démocratique.

L'avantage d'une entrée en vigueur officielle d'un régime exceptionnel pour affronter le terrorisme finirait alors par se retourner contre les États.

La pérennisation d'une situation ouvertement qualifiée d'*exceptionnelle* entraînerait, inexorablement, une *mutation de l'État de droit*, puisque toute démocratie qui se respecte ne peut tolérer une application de telles mesures sur une trop longue durée.

En outre, cette voie serait le chemin vers l'abdication face à la menace terroriste telle qu'elle se présente ces dernières années. Le terrorisme *global*, plus idéologique, mis en avant avec les attentats de 2001, a pour mission de faire sombrer les démocraties en leur faisant renier leurs fondements. La déclaration d'un régime exceptionnel, et surtout, son maintien dans l'ordonnancement, équivaldraient à un aveu officiel de cette mutation.

La tension au sein des Gouvernements, liée à la volonté d'éviter de déclarer un *état* ou un *régime* ouvertement suspensif de la normalité constitutionnelle, conduit les États à gérer le problème terroriste autrement. Pour éviter de légitimer une situation de rupture formelle de la Constitution, qui irait à l'encontre des préceptes

⁴¹ La mise à l'écart des règles ordinaires de la Constitution est rendue acceptable grâce à ces garanties que chacun des régimes exceptionnels offre. Ainsi, en Italie, la proclamation d'un régime dérogatoire doit être formalisée par une délibération parlementaire et une déclaration d'un « état » *ad hoc*, ce qui lui confère le caractère de la contingence provisoire. Les mesures ainsi mises en place sont censées être précaires et surmontables une fois l'urgence disparue. (G. DE VERGOTTINI, « La difficile convivenza... », art. cit., p. 438).

démocratiques sur lesquels les Constitutions rigides reposent, et qui ferait le jeu des terroristes, les États revisitent les questions classiques des formes traditionnelles des pouvoirs de nécessité.

En conséquence, les Gouvernements développent la législation antiterroriste en ayant recours à des techniques alternatives ou substitutives aux traditionnels états d'exception, qui leur permettent de réprimer les situations de danger pour l'ordre public sans instaurer officiellement un régime *extra ordinem* ⁴².

Ils affrontent la menace terroriste par l'intermédiaire des organes et des instruments du droit ordinaire, qui ne sont pourtant pas destinés habituellement à la gestion de l'urgence et, surtout, sans que cela interdise aux dispositions adoptées d'altérer les caractéristiques fondamentales du cadre constitutionnel ordinaire, tels que l'équilibre et la séparation des pouvoirs, le principe de légalité, le développement des fonctions de contrôle sur les organes exécutifs, l'exercice des droits et libertés.

La législation antiterroriste se caractérise donc, désormais, dans la plupart des ordonnancements, et plus spécialement dans ceux sur lesquels nous avons choisi de recentrer notre étude, par des instruments *non ordinaires* mais qui en assument la *forme* et qui sont mis en œuvre par les mêmes organes constitutionnels que ceux qui dictent la discipline dans les situations *normales* ⁴³.

Cet état de fait conforte l'idée d'une législation antiterroriste conçue comme un droit *parallèle* ⁴⁴, dont le degré de sévérité varie au gré du niveau de la menace et tantôt le rapproche, tantôt l'éloigne, du droit d'exception.

⁴² P-G. GRASSO, S. ILLARI, « Questione di teoria generale del diritto pubblico », art. cit., p. 85 ; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, 3ème éd., Milan, Cedam, 2003, n° 33.

⁴³ P-G. GRASSO, S. ILLARI, *Ibid.* p. 95. Ces auteurs précisent que le constat est valable pour l'Italie, même si la voie la plus fréquemment choisie pour répondre au terrorisme (l'utilisation de l'article 77, alinéa 2 de la Constitution, c'est-à-dire les décrets-lois) entraîne le fait que la loi n'intervient que pour convertir les décrets introduisant des mesures provisoires, conformément à la prévision constitutionnelle de la décrétation d'urgence.

⁴⁴ Expression utilisée par G. ILLUMINATI, au sujet de la législation d'*emergenza* des années 1970, et plus spécifiquement, au regard des mesures pénales mises en place par cette législation. Il lui semblait inapproprié d'employer l'expression *mesure spéciale*, au vu de la variation et du peu de signification que les éléments de *spécialité* peuvent parfois présenter (« Reati "speciali" e procedura "speciali" nella legislazione d'emergenza », *Giust. pen.*, 1981, p. 106 et s.). Cette notion de droit *parallèle* correspond aussi au constat que la distinction entre droit ordinaire et droit exceptionnel s'est donc estompée, bien qu'elle soit propre au droit constitutionnel libéral. C'est ainsi que, pour le professeur, il « n'est plus conforme » de distinguer ce qui est fondé sur la Constitution de ce qui est attribuable à la nécessité. Le dépassement de cette distinction a ensuite été facilité par l'apparition de *situations hybrides*, dans lesquelles on ne distingue pas le point de passage entre « l'état de paix » et « l'état de guerre », ce qui a récemment été encouragé par la mutation des éléments d'identification du concept même de guerre. G. DE VERGOTTINI fait référence, ici, à l'apparition d'un concept de « guerre globale », qui serait caractérisé par un usage mixte d'actes impliquant l'utilisation de la violence, que ce soit de la part des États comme de celle de sujets qui peuvent être des États ou des organisations non étatiques comme celles terroristes, et qui correspondrait à une conflictualité permanente,

Si cette position singulière de la législation s'impose de fait, cela ne va pas sans soulever des interrogations cruciales sur les frontières d'un État de droit.

Puisque les États n'hésitent pas à intervenir dans la sphère de liberté des individus, au motif tout à fait honorable de pallier la menace terroriste, de manière toujours plus poussée, sans qu'un régime juridique officiel de limitation des garanties de la totalité des droits fondamentaux ne soit jamais instauré ⁴⁵, les limites de l'action étatique se retrouvent soumises à la fluctuation entre ce que le droit ordinaire interdit et ce que le droit d'exception autorise.

Il revient alors aux Gouvernements et aux législateurs de tracer la frontière, entre ces deux espaces, selon la conception choisie de la démocratie qu'ils souhaitent incarner, et aux juges constitutionnels d'apprécier si cette conception est conforme à la Constitution qu'ils ont en charge de préserver. La fixation et l'évaluation de la frontière vont cependant se faire dans un contexte bien singulier.

II.4. La normalisation de l'urgence

Un processus de *normalisation de l'urgence* ⁴⁶ apparaît dans tout État en proie à une menace terroriste, en tant que résultat de l'accoutumance à l'urgence et de l'exigence d'urgence.

L'expérience prouve que les dispositions antiterroristes en vigueur n'empêchent pas la perpétration d'attentats. Au mieux, lorsqu'un pays se trouve visé par une manifestation terroriste, la réaction spontanée de la classe politique et de la population des autres pays est de se demander si leurs outils législatifs sont suffisamment efficaces pour leur épargner cette douloureuse épreuve. Dans le doute, ils agissent vite, en adoptant des mesures plus sévères que celles précédemment promulguées. Les Gouvernements les veulent fermes, afin de rassurer la population qui, choquée, meurtrie et apeurée par les attentats, exige elle-même une répression symbolique de leurs auteurs, et consent, à ce titre, de voir son espace de liberté limité. La sévérité se trouve être affirmée, consolidée et acceptée par tous, tout en devenant quotidienne. Le bien-fondé de ces modifications n'est que peu discuté. L'urgence altère ainsi la perception de sévérité.

endémique, revisitant totalement le rapport entre « normalité » et « exception » (G. DE VERGOTTINI, « La difficile convivenza... », art. cit., p. 428-429).

⁴⁵ Il faut tempérer cette affirmation en mentionnant l'exemple espagnol. En vertu de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, un régime de suspension de trois droits fondamentaux est prévu. Il s'agit donc d'un régime officiel. Néanmoins, l'aménagement des autres droits, pourtant reconnus, eux aussi, comme étant "fondamentaux" par la Constitution, n'est pas délimité par le cadre constitutionnel de l'article 55-2.

⁴⁶ V. les développements de G. DE VERGOTTINI, « La difficile convivenza... », art. cit., p. 439.

L'urgence se généralise, ensuite, pour inonder l'exercice de la politique. Le terrorisme se trouve géré par à-coups et dans la démesure. Une loi vite faite reste, au demeurant, une loi. Le corpus normatif se voit ainsi agrégé de couches normatives, éparses, complémentaires ou contradictoires. Il en ressort un fort sentiment de confusion et, surtout, d'ascension sur l'échelle de la sévérité, qui laisse la population et une partie de la classe politique, globalement indifférentes.

La normalisation de l'urgence instaure donc un climat de tension, qui devient le quotidien et procède à une douce altération des régimes démocratiques à travers un *ordinaire* qui s'éloigne et un *exceptionnel* qui s'installe, et qui, sans n'être jamais qualifié comme tel, devient le nouvel *ordinaire*.

L'urgence a pris une dimension particulière après les attentats du 11 septembre 2001, au regard de leur dimension et de leur impact. Mais certains États déjà confrontés au terrorisme, comme l'Espagne, la France et l'Italie, ont rencontré ce processus de normalisation de l'urgence avant cette date. Des prémisses à une forme de normalisation de l'urgence se sont ainsi fait ressentir, dans des périodes de fortes activités terroristes au cours desquelles les Gouvernements peinaient à réagir en dehors du renforcement progressif de la voie répressive⁴⁷. Ces périodes restent encore, dans la mémoire collective, marquées d'une grande sensibilité⁴⁸.

Le processus est aujourd'hui installé et il s'est généralisé. Les pays affrontent désormais une *normalisation de l'urgence*, qui dépasse, en l'englobant, la menace terroriste, qui a poussé la plupart des démocraties à entrer dans un paradigme sécuritaire généralisé, que M. Delmas-Marty présente en ces termes :

« [...] le mythe d'une sécurité totale, qui semble avoir été, sinon légitimé, du moins libéré par la guerre contre le terrorisme, "se fonde sur l'illusion qu'il serait possible de prévoir le futur avec certitude et de le contrôler par anticipation". Or, tout protéger, en tout temps et en tous lieux, est non seulement impossible techniquement, mais marque aussi, comme on l'a vu, une rupture philosophique, contraire à l'idée

⁴⁷ De même au cours de ces périodes, la population se sentait particulièrement vulnérable. Les Italiens ont ainsi refusé, par référendum, l'abrogation de la loi n° 152 du 22 mai 1975, « Dispositions pour la protection de l'ordre public », dite *Legge Reale*. Le référendum eut lieu les 11 et 12 juin 1978. La participation fut de 81,2 %, pour 76,5 % de « non » à l'abrogation du texte. La même question fut posée en 1981. Elle recueillit la même réponse négative, à 85,1 %. V. aussi *Cour const.* n° 22 de 1981, et 48 de 198, sur la question de l'admissibilité des référendums sur le décret-loi n° 625/1979 (converti par la loi n° 15/1980), « mesures urgentes pour la protection de l'ordre démocratique et la sécurité publique ».

⁴⁸ La commémoration de la mort du député A. MORO, en mars 2008, le prouve. Cet événement a été traité avec beaucoup de ferveur au sein de la population et les différents débats qui ont animé ce moment rappelaient combien la période des années de plomb était encore douloureuse. Dans le même sens, les positions qui ont entouré la libération de C. BATTISTI, le 9 juin 2011 (suite au refus du Brésil d'extrader l'ex-activiste vers l'Italie), ont été majoritairement négatives (le président de la République, G. NAPOLITANO a commenté une « décision déplorable » de la justice brésilienne (Cf. http://www.repubblica.it/esteri/2011/06/09/news/battisti_reazioni-17424091).

même d'indétermination, donc de liberté individuelle, qui fonde le processus d'humanisation inscrit au cœur de l'État de droit. Interprété en ce sens absolu (le *risque zéro*, cher au discours politique dominant), le mythe sécuritaire est donc incompatible avec l'État de droit, compris comme un État soumis aux limites du droit. »⁴⁹

L'auteur évoque, ici, les contradictions idéologiques autour du rôle du droit pénal, dont la construction s'est faite, initialement, sur une conception libérale pour, aujourd'hui, s'approcher d'un modèle autoritaire. L'apparition et le renforcement des contradictions idéologiques ont été favorisés par un brouillage terminologique entre différents termes, tels que ceux de sûreté/sécurité, dangerosité/culpabilité et peine/mesure de sûreté.

L'auteur expose plus précisément l'exemple français, en soulignant que si le durcissement de la politique criminelle s'est fait sentir avant 2001, le choc des attentats a ouvert la voie à une politique « décomplexée »⁵⁰, libérée de toute contrainte, qui a irradié le droit pénal dans son ensemble et non le seul domaine de la lutte contre le terrorisme⁵¹.

L'Italie n'est pas épargnée par une telle vague, alors que l'Espagne semble y résister, comme l'illustre la réaction normative de chacun de ces pays⁵².

Cependant, l'internationalisation de la menace terroriste et les réponses des institutions supranationales pour y faire face illustrent également cette prise de conscience *sécuritaire* qui, même indirectement, conditionne l'esprit de la politique espagnole.

La mutation sécuritaire de la société prend ainsi une telle ampleur que l'on en vient à s'interroger sur l'existence d'un droit fondamental à la sécurité⁵³, qui revisite

⁴⁹ M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûretés dans un monde dangereux*, Paris, Éditions du Seuil, 2010, p. 30. Les guillemets sont de C. CAMUS, *La Guerre contre le terrorisme...*, *op. cit.*, p. 137.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 21.

⁵¹ *Ibid.* M. DELMAS-MARTY explique ainsi que « la loi du 15 novembre 2001 relative à la "sécurité quotidienne", puis celle du 4 mars 2002, vont abandonner une partie de l'acquis » de la loi du 15 juin 2000 renforçant les garanties du procès pénal, « avant même le changement de majorité qui n'interviendra qu'en mai 2002. La voie étant ainsi ouverte, la nouvelle majorité va s'y engouffrer [...] : en août 2002, la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) ; en 2003, la loi pour la sécurité intérieure (LSI) ; en 2004, la loi d'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; en 2005, une loi sur la récidive créant une nouvelle mesure de surveillance judiciaire ». Sur cette dernière question, d'ailleurs, elle note que « le moteur législatif s'emballe : ni la loi de 2005, ni les deux lois de 2007 (prévention de la délinquance et renforcement de la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs) [validées pour l'essentiel par le Conseil constitutionnel] ne suffiront », d'où l'adoption de la loi de 2008 sur la rétention de sûreté.

⁵² J-M. ORTUNO évoque le 11 mars 2004 et la guerre au terrorisme qui s'est symbolisée par des arrestations massives de musulmans cf« Douleurs, frustrations et espoirs de l'antiterrorisme espagnol», in D. BIGO, L. BONELLI, T. DELTOMBE, *Au nom du 11 septembre ... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, La découverte, 2008, p. 222-224.

⁵³ La question était toutefois latente avant les événements de 2001, cf. A. BARATTA, « Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti ? », *Dem. dir.*, n° 3-4, 2000, p. 19. L'article 1^{er} de la loi française n° 95-73 du 21 janvier

la problématique traditionnelle de la conciliation entre l'ordre et la liberté que rencontre tout État constitutionnel, et dans laquelle s'inscrit la lutte contre le terrorisme.

Cette dernière entraîne, de ce fait, une réflexion toute singulière autour du caractère démocratique que doivent impérativement revêtir les réponses aux actes de terrorisme fournies par un État démocratique.

Or, la lutte contre le terrorisme revêt un aspect pernicieux, et ce, de trois points de vue. D'une part, parce qu'afin de préserver l'ordre et la sécurité publics, les États se trouvent dans l'obligation d'introduire dans leur ordonnancement des mesures de lutte qui ont des répercussions sur les personnes dans leur vie quotidienne. Ce ne sont donc pas les auteurs des actes terroristes qui subissent directement le poids de cette législation, mais les simples citoyens qui en paient le prix, en plus de celui de la terreur. D'autre part, parce qu'empruntant diverses voies pour se réaliser, le terrorisme doit être combattu sur plusieurs fronts simultanément. Cela implique la mise en place d'une thérapie à très large spectre contre ce mal extrêmement dangereux. Plusieurs droits fondamentaux sont ainsi concernés, à divers degrés, par les mesures étatiques. Enfin, parce qu'étant un phénomène polymorphe, le terrorisme se laisse difficilement cerner. Les législations antiterroristes se révèlent rapidement obsolètes et démontrent régulièrement leur inefficacité à éradiquer ce fléau.

Le terrorisme appellerait ainsi, spontanément, une lutte *par tout moyen*. Les États ont toutefois résisté à cette tentation pendant un temps mais, depuis que les attentats du 11 septembre 2001 ont imposé le terrorisme comme « l'une des menaces les plus graves à la paix et la sécurité internationale au XXI^e siècle »⁵⁴, il semblerait que certaines barrières aient cédé.

En soulignant, avec une violente cruauté, la vulnérabilité des États qui, en outre, a été perçue par l'ensemble de la population à travers la sur-médiatisation de l'événement, ces attentats ont engendré, au niveau mondial, une prise de conscience des insuffisances et de l'inadaptation des législations antiterroristes en vigueur. Ils ont de la sorte, dans un premier temps, incité la plupart des États à s'engouffrer dans une brèche sécuritaire, ouverte par les États-Unis, de manière totalement décomplexée et, dans un second temps, légitimé la mise en place de législations,

1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité faisait déjà référence à la sécurité, en tant que "droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives". Cet article est repris par la loi du 15 novembre 2001 pour la sécurité quotidienne et du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

⁵⁴ Résolution 1377 (2001), adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies, le 12 novembre 2001. Disponible sur www.aidh.org/Biblio/Txt_trait-terr/Images/R%201377_2001.pdf

qualifiées parfois de *liberticides*, au regard de l'impact des mesures qu'elles ont instaurées sur les droits fondamentaux.

Pourtant, la nature démocratique des réponses étatiques au terrorisme est essentielle. Comme l'a souligné le président de la Cour suprême d'Israël, A. Barak, « dans un régime démocratique, la fin ne justifie pas tous les moyens et il n'est pas possible de recourir à toutes les méthodes utilisées par l'ennemi. Il arrive qu'une démocratie doive se battre avec une main attachée derrière le dos »⁵⁵.

Ce n'est qu'à cette seule condition que la survie de la démocratie est assurée sur le long terme, et que les États démocratiques ne font pas le jeu des terroristes. Seule une réponse respectueuse des droits, dont la démocratie se veut la garante, permet à cette dernière de rester en position de force, « le maintien de la primauté du droit et de la reconnaissance des libertés individuelles représentent un aspect important de sa conception de la sécurité »⁵⁶.

III. - Un contrôle sur mesure

Dans le cadre de son rôle de pivot de la conciliation de l'ordre et de la liberté, le juge constitutionnel doit ainsi s'assurer que les lois antiterroristes maintiennent un *parfait* équilibre entre la sécurité nationale et les droits fondamentaux, car, « d'un côté, les droits fondamentaux garantis par la Constitution ne peuvent justifier la mise en danger de la sécurité nationale parce que la Constitution n'est pas un "pacte suicidaire" ; d'un autre côté, la sécurité individuelle et collective ne peut légitimer une atteinte illimitée de ces mêmes droits fondamentaux garantis constitutionnellement »⁵⁷.

Un tel contrôle ne pourra être assuré par les juges constitutionnels que si ces derniers placent leur examen loin des fluctuations émotionnelles de l'opinion publique et des enjeux électoraux liés à la politique criminelle, afin de garder le recul nécessaire à leur fonction. Ils se trouvent placés dans une situation bien délicate.

Ils ne peuvent, en effet, ignorer l'évolution de la société, tout comme ils ne peuvent rester sourds aux demandes de l'opinion publique qui conditionnent les choix politiques. Les frontières entre le politique et la justice constitutionnelle ne sont donc pas étanches, « si les décisions rendues [...] à ces occasions démontrent

⁵⁵ A. BARAK, « Democrazia, terrorismo ... », art. cit., p. 3392.

⁵⁶ H.C. 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. Israel*, 53(4), P. D., 817, p. 845, cité par la Cour suprême du Canada *in Demande fondée sur l'article 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S., 248, §7.

⁵⁷ A. BARAK, « Democrazia, terrorismo... », art. cit., p. 3392.

que la réponse est d'abord juridique, les délibérations expriment à la fois une très forte conscience des enjeux politiques et un souci constant de placer le débat sur le terrain juridique »⁵⁸.

C'est alors que le *fait* a toute sa place dans le jugement de constitutionnalité des lois. J.-J. Pardini conclut sa thèse sur le rapport entre le juge constitutionnel et le *fait*, en indiquant que « le “fait” peut participer de la logique d'un tel jugement [de constitutionnalité] ; de par l'“impact” qu'ils produisent sur les termes de comparaison, les éléments de fait peuvent contribuer à déterminer la nature du “rapport de constitutionnalité”. Que ce soit sur le plan de l'interprétation ou de la justification de la loi, ou sur celui de l'appréhension de la norme de constitutionnalité, le “fait” entre insensiblement dans le raisonnement décisoire du juge constitutionnel »⁵⁹. Ainsi donc, « les faits “transparent” du jugement constitutionnel »⁶⁰.

Le fait de terrorisme, si singulier, s'immisce donc dans le prétoire constitutionnel, en conférant à la décision de constitutionnalité une certaine solennité. La mission du juge constitutionnel prend alors une autre ampleur. Si elle doit être exercée en toute indépendance, cette indépendance ne signifie pas seulement une indifférence au regard des états d'âmes, éventuels et variables, de la société, elle implique aussi une capacité à faire appliquer *toujours et avant tout* la norme juridique que le constituant a librement confiée à l'office quotidien du juge constitutionnel, sans tenir compte des possibles – et rudes – critiques que l'application de la règle pourrait susciter de la part de celui qui est conditionné par la peur et l'angoisse⁶¹.

Cela incite parfois le juge constitutionnel à se justifier. À l'instar des juges israéliens, qui reconnaissent ainsi la dualité de leur position :

⁵⁸ Sur le rapport « prise en compte du contexte politique-prévalence de l'argument juridique », v. B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel – 1958-1983*, Paris, Dalloz, 2009, p. 8 et s. L'extrait cité s'achève ainsi : « De manière réflexive, sur ce terrain, le Conseil sait faire la part du politique et du juridique. Il n'est pas l'auteur, ni le censeur des choix politiques. »

⁵⁹ J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait »*..., *op. cit.*, p. 357.

⁶⁰ J.-J. Pardini parvient à cette conclusion au sujet de l'ordonnancement italien et conçoit qu'elle doit être relativisée pour la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. Il note aussi que, selon A. STONE, dans le système américain, « [...] les cours supérieures connaissent des problèmes sociaux généraux à la recherche de solutions normatives ; ce faisant, elles ne résolvent pas tant des cas concrets ou des litiges spécifiques qu'elles participent aux activités de contrôle social et de production normative de l'activité du Gouvernement » (Cf. « Qu'y a-t-il de concret dans le contrôle abstrait aux États-Unis ? », *R.F.D.C.*, n° 34, 1998, p. 249, in *Le juge constitutionnel et le « fait »*..., *op. cit.*, p. 364 et s.). Pour M. LUCIANI, le monde de la justice constitutionnelle ne peut être que « [...] le monde de la *ragionevolezza*, du plausible, du convaincant, il ne peut être le monde du “vrai” », « Corte costituzionale e unità nel norme di valori », in *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, Giappichelli, 1991, p. 177.

⁶¹ P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza*..., *op. cit.*, p. 35-36.

« Notre devoir est difficile. Il est vrai que du point de vue juridique, la voie à choisir était facile. Toutefois, nous sommes membres de la société israélienne. Nous connaissons ses problèmes et nous vivons son histoire. Nous ne sommes pas dans une tour d'ivoire. Nous vivons la vie de ce pays. Nous sommes conscients de la dure réalité du terrorisme dans lequel nous sommes par moments immergés. La crainte que notre jugement nous empêchera de nous occuper des terroristes nous trouble. Mais nous sommes des juges. Nous exigeons que d'autres agissent en conformité avec la loi. Mais c'est aussi l'exigence que nous nous faisons à nous-même. Tout procès que nous connaissons est également notre procès. »⁶²

Ainsi, le juge constitutionnel se positionne comme le seul à pouvoir faire retrouver la raison d'État au politique. Il devient le *rempart contre l'arbitraire*.

Cette place singulière de la justice constitutionnelle a ainsi mené nos recherches dans le cadre très vaste du rapport entre les droits fondamentaux et la lutte contre le terrorisme pour, finalement, le recentrer sur le rapport plus étroit entre la législation antiterroriste, ou comment le terrorisme est-il appréhendé par le législateur, et le contrôle de constitutionnalité de cette législation.

Pour ce faire, les jurisprudences constitutionnelles des juridictions espagnole, française et italienne présentaient des points de connexions pertinents.

En effet, l'Espagne, la France et l'Italie se sont vues contraintes d'adopter, dans les années 1980, une législation spécifique pour affronter toute une série d'attentats perpétrés à l'encontre de leurs intérêts, aussi bien sur leur sol qu'à l'étranger, législation qui a fait l'objet d'un examen par les Cours constitutionnelles de chacun de ces États.

Ces ordonnancements offrent ainsi un champ de comparaison, fourni tant du point de vue de la réponse normative apportée au terrorisme que de la configuration des décisions constitutionnelles sur la législation antiterroriste.

II.1. L'Espagne, la France et l'Italie ont toutes trois mené, dans un premier temps, un combat solitaire contre le terrorisme, en cantonnant leur action à leur propre territoire national, avant de développer cette action, dans un second temps, au sein d'un mouvement global de coopération supranationale.

La restriction du champ d'application des premières mesures antiterroristes au plan national s'explique aisément par le *type* de terrorisme auquel chacun de ces pays était confronté.

⁶² H.J.C., 4054/94, *Pub. Comm. Against Torture in Israel v. Government of Israel*, 43 (4), PD 817, 845. V., sur la question du terrorisme vu par l'ancien Président de la Cour suprême d'Israël, A. BARAK, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *R.F.D.C.*, 2006, p. 302.

Une première forme de collaboration conventionnelle a ensuite accompagné les réactions étatiques nationales antiterroristes, en raison de la correspondance des problématiques qui se présentaient aux dirigeants politiques ⁶³. Bien que très sommaire, cette coopération au sein d'instances intergouvernementales a débouché sur l'élaboration et l'adoption de textes ⁶⁴ sectorialisés, qui exprimaient très nettement le besoin et la nécessité, pour les États, de se concerter pour que les législations expriment un même degré de sévérité et représentent un rempart solide et uniforme face à un phénomène si pervers.

La coopération s'est ensuite réellement intensifiée, au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, qui ont eu un effet catalyseur. Une première action s'est située au niveau supranational. Le corpus conventionnel, élaboré en amont de ces attentats, a constitué la base sur laquelle les États ont élaboré leur nouvelle ligne d'attaque face à ce phénomène, lui-même renouvelé. Les discussions se sont accélérées sous le poids de la menace, de la peur et du fort sentiment de vulnérabilité, que l'ampleur de ces attentats avait soulignés. Elles se sont concrétisées par l'adoption de nombreux textes, au sein de toutes les instances

⁶³ Les États ne pouvaient ignorer que le terrorisme se manifestait chez leurs voisins. Dès les années 1960 d'ailleurs, « le terrorisme a pris une ampleur nouvelle, exceptionnellement inquiétante, avec trois caractères nouveaux. D'abord, le terrorisme naguère limité à l'Europe, [s'est étendu] à d'autres continents. Ensuite, il [a pris] des dimensions statistiques qu'on aurait eu peine à imaginer [quelques années auparavant] [...]. Enfin, un caractère médiatique nouveau [s'est fait] jour : ainsi par exemple en 1972, des centaines de millions de spectateurs [ont pu] voir en direct l'assassinat de l'équipe olympique israélienne à Munich », cf. J. PRADEL, « Les infractions de terrorisme... », art. cit., p. 39.

⁶⁴ On note deux conventions internationales signées à Genève le 16 novembre 1937, l'une pour la prévention et la répression du terrorisme, l'autre pour la création d'une Cour pénale internationale. Ensuite, toujours sur le plan international, dans le cadre de l'Organisation des Nations-Unies, les premiers textes furent les deux conventions de La Haye (16 décembre 1970) et Montréal (23 septembre 1971) pour la répression de la capture illicite d'aéronefs [convention sur le détournement d'avions] et la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile. Dès cette date, la question terroriste a fait l'objet d'une approche spécifique par l'ONU à travers l'adoption de Conventions sectorialisées : Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New-York, 14 décembre 1973) ; Convention internationale contre la prise d'otages (New-York, 17 décembre 1979) ; Convention sur la protection des matières nucléaires (Vienne, 3 mars 1980) ; Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation internationale, ainsi que la convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 24 février 1988) ; Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (Rome, 10 mars 1988) ; Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental (Rome, 10 mars 1988) ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (New-York, 15 décembre 1997) ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (New-York, 9 décembre 1999). Au niveau régional, la Recommandation 703 de 1973 de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe lança l'idée d'un espace judiciaire européen et d'un processus, relayé par la résolution du Comité des ministres en janvier 1974, qui déboucha sur la Convention européenne sur la répression du terrorisme signée le 27 janvier 1977. Les premières résolutions sur la question terroriste adoptées par les instances de l'Union européenne datent aussi des années 1976-1977. V. par exemple la résolution sur la lutte contre le terrorisme international, *J.O.C.E.* n° C 178 du 02/08/1976, p. 30.

intergouvernementales ⁶⁵, qui ont symbolisé le renforcement de la collaboration entre la plupart des acteurs de la lutte.

Une seconde action, à la fois simultanée à la première et impulsée par elle, s'est concentrée sur l'amélioration ou le perfectionnement des outils nationaux. C'est ainsi que certains pays, qui ne disposaient pas, jusqu'alors, de dispositifs antiterroristes, ont choisi d'en adopter un. À l'inverse, les pays qui en avaient déjà mis un en vigueur, à l'instar de l'Espagne, de la France et de l'Italie, ont dû prendre acte de cette évolution de la menace et adapter leur ordonnancement devenu obsolète. L'actualisation des législations nationales en matière de lutte contre le terrorisme s'est évidemment faite en accord avec le contenu des textes supranationaux adoptés par les instances auxquelles chaque État était partie.

L'actualisation des dispositifs nationaux antiterroristes ne s'est toutefois pas manifestée de manière identique dans les ordonnancements espagnol, français et italien. Après une période d'accalmie normative en la matière, qui s'explique par une diminution des activités terroristes nationales, les attentats de 2001 ont incité les Gouvernements français et italien à opter pour une modification immédiate et continue des dispositions antiterroristes en vigueur, alors que le Gouvernement espagnol a préféré, dans un premier temps, maintenir les dispositifs existants et agir sur un plan plus pratique que théorique, en améliorant la coopération effective des nombreux services impliqués dans la lutte pour, dans un second temps, procéder à quelques ajustements des dispositions antiterroristes ⁶⁶.

Les trois pays, qui font l'objet de notre recherche, ont ainsi un *parcours* législatif antiterroriste similaire ⁶⁷ et soumis aux mêmes influences textuelles, notamment, européennes.

III.2. Du point de vue de la justice constitutionnelle, le Tribunal constitutionnel espagnol, le Conseil constitutionnel français et la Cour

⁶⁵ Ce n'est qu'après les attentats de 2001 que l'on a pu voir émerger l'élaboration d'un texte plus global, qui a abouti à la résolution relative à la Stratégie antiterroriste mondiale de l'ONU, adoptée le 5 septembre 2008.

⁶⁶ L'action normative du Gouvernement espagnol est, à la fois, l'expression du souhait politique de réagir pour optimiser les normes déjà en vigueur, et la volonté d'intégrer rapidement les outils supranationaux ratifiés par l'Espagne. Les dispositions antiterroristes insérées dans le code pénal n'ont été modifiées qu'en 2010. Pour une présentation non exhaustive, mais très détaillée, de l'ensemble de ces réactions, avant et après les attentats de Madrid de 2004 (cf. E. ALVAREZ CONDE, « Stato di diritto e terrorismo... », art. cit., p. 352 et s.).

⁶⁷ Le panorama législatif laisse ainsi ressortir la dualité de la lutte contre le terrorisme : l'exigence, d'une part, de prendre acte de l'internationalisation de la menace devenue plus large, plus dangereuse – grâce aux avancées technologiques que les terroristes maîtrisent parfaitement – et qui est, sans cesse, ravivée par des actions violentes et impalpables (on pense, ici, aux attentats de Madrid et de Londres pour le sol européen, ou aux prises d'otages au Moyen-orient) et, d'autre part, de ne pas délaisser la menace plus *classique*, sous-jacente au contexte national, qui, bien que moins vivace, n'en reste pas moins latente.

constitutionnelle italienne ont examiné les premières lois antiterroristes mises en place par les Gouvernements, et ils en ont, généralement, accompagné l'évolution dans des proportions, toutefois, variables.

L'organisation du contrôle de constitutionnalité est, en effet, différente devant chacune de ces juridictions constitutionnelles. Cela a conduit à des décisions plus ou moins explicites, et plus ou moins fréquentes, de la part des juges constitutionnels. Ces nuances, dont il nous faudra tenir compte dans notre analyse pour enrichir la comparaison, se notent à divers endroits.

Tout d'abord, *le nombre de décisions constitutionnelles* sur la législation antiterroriste varie d'une juridiction à une autre. Parmi les décisions rendues, il faut distinguer le mode de saisine des juridictions et la nature de la ou des dispositions examinée(s).

En effet, le contrôle de constitutionnalité peut porter aussi bien sur une loi à proprement parler *terroriste*, c'est-à-dire les lois ayant pour objet principal la mise en place de dispositions préventives et répressives en la matière, que sur une loi de caractère sectoriel, qui n'a pas pour but premier de lutter contre le terrorisme mais plutôt de compléter le cadre principal de la lutte, pour ne pas laisser entrouvertes des brèches, dans lesquelles les terroristes n'hésiteraient pas à s'engouffrer. Cette *seconde* catégorie de lois se concentre ainsi sur la résolution de certaines questions, qui n'ont qu'un lien indirect avec la question terroriste. Appartiennent à cette catégorie, les lois sur le statut des étrangers ou la loi sur la dissolution des partis politiques en Espagne, en raison de leur lien présumé avec le terrorisme.

Au fil des années, les États ont adopté des lois appartenant aux deux catégories, afin de peaufiner leur arsenal législatif, au point que la législation antiterroriste revêt l'aspect d'un millefeuille normatif qui, à défaut de constituer une réponse claire au problème, brouille la lisibilité des réponses antiterroristes.

Les juges constitutionnels ont été amenés à se prononcer sur les deux catégories de normes. Notre étude se concentre, obligatoirement, sur les lois dites officiellement *antiterroristes*. Ce n'est que de manière ponctuelle que l'examen de constitutionnalité de la seconde catégorie de lois viendra compléter le raisonnement, dès lors que la position du juge constitutionnel présentera un intérêt certain.

Ainsi, la jurisprudence constitutionnelle italienne va être essentiellement représentée par une seule décision de la Cour constitutionnelle, l'arrêt n° 15 de 1982. Pour fondamentale qu'elle soit, cette décision reste, nonobstant, très isolée, dans la mesure où la *Consulta* n'a pas rendu d'autres décisions aussi substantielle que

celle-ci ⁶⁸. À l'inverse, la jurisprudence constitutionnelle française sur la question du terrorisme est illustrée par des décisions portant sur les lois dites *antiterroristes*, mais aussi sur les lois ayant pour but de lutter contre la criminalité au sens plus large, et qui contiennent des dispositions complétant le cadre normatif antiterroriste ⁶⁹.

Le nombre de décisions varie, ensuite, selon que les Cours peuvent être saisies par voie d'action ou par voie incidente, *a priori* ou *a posteriori*. Ainsi, la disproportion entre le nombre de décisions rendues par le Tribunal constitutionnel espagnol et celui de ses homologues français et italien se justifie par la possibilité, pour le Tribunal, d'être saisi directement par un citoyen se sentant lésé dans l'exercice de ses droits fondamentaux, par le biais du recours d'*amparo* ⁷⁰. L'absence d'équivalence de cette procédure dans les ordonnancements français et italien nous a conduit à intégrer cette catégorie de décisions du Tribunal constitutionnel de manière subsidiaire. Des renvois à des positions adoptées par le juge constitutionnel espagnol, lors de décisions rendues sur le recours de protection constitutionnelle, viendront ainsi soutenir notre raisonnement lorsque cela se révèlera pertinent.

Aussi, l'introduction tardive du contrôle *a posteriori* devant le juge constitutionnel français a limité son intervention, à la différence de la situation dans laquelle se trouvent placés les juges espagnols et italiens, saisis quasi exclusivement ⁷¹ sur la base d'un contrôle concret des lois. La mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité ⁷² en France, le 1^{er} mars 2010, a permis au Conseil constitutionnel de se prononcer sur certaines dispositions de la législation antiterroriste. Ces décisions seront, en toute logique, intégrées à notre raisonnement.

⁶⁸ Les décisions de la Cour italienne ayant trait à l'indemnisation des victimes des actes de terrorisme (n° 72 de 1974 ; 266 de 1987 ; 726 de 1988), ou des membres des forces de police ayant été blessés au cours de leur service alors qu'ils participaient à la lutte contre le terrorisme (n° 229 de 1983), n'apparaîtront pas dans notre étude, au regard du raisonnement sur le fond suivi par les juges. En revanche, certaines remarques que les juges constitutionnels ont crues bon de formuler quant à la nature de la lutte seront reportées dans notre démonstration.

⁶⁹ La décision portant sur la loi sur la sécurité intérieure (LSI) par exemple, n° 2003-467 DC du 13 mars 2003.

⁷⁰ Cf. art. 161 de la Constitution espagnole et art. 41 et s. de la Loi organique n° 2/1979, portant sur le Tribunal constitutionnel, du 3 octobre 1979 (L.O.T.C.).

⁷¹ Sachant que le type de contrôle abstrait *a priori* est possible devant le Conseil constitutionnel français, alors qu'en Espagne, il a été supprimé *a priori* devant le Tribunal constitutionnel espagnol, en 1985, mais reste possible pour le contrôle de constitutionnalité des traités avant leur ratification. Il est encore possible, *a posteriori*, sur recours de certaines autorités, dans les trois mois suivant la publication d'une loi (art. 31 et s. de la L.O.T.C.). En Italie, il est envisageable sur recours de l'État contre un acte législatif régional, et inversement, mais seulement s'il s'agit, pour chacune de ses entités, de se protéger de l'empiètement sur leur sphère de compétences respectives.

⁷² On parle de question incidente de constitutionnalité en Italie, de question prioritaire de constitutionnalité en France et de question d'inconstitutionnalité en Espagne. Cf. J.-J. PARDINI, « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : *ab origine fidelis* », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 101-122 ; dans la même revue, P. BON, « La question d'inconstitutionnalité en Espagne », p. 123-141, et d'une manière générale, pour une présentation de ce mode de saisine des Cours constitutionnelles en Europe et les implications de son introduction en France, l'intégralité de la Revue *Pouvoirs*, 2011, n° 137. V., également, les articles 35 et s. de la L.O.T.C. pour le système espagnol.

Au-delà d'un aspect quantitatif, le moment auquel est effectué le contrôle de constitutionnalité a une importance réelle, si bien que *la date de la décision* par rapport à la date de promulgation de la loi est un élément qui a toute sa place dans notre grille d'analyse, tant cela peut influencer l'appréciation des juges constitutionnels.

Ainsi, une décision du Tribunal constitutionnel espagnol, rendue en 1987 sur une loi organique datant de 1984, à quelques mois du retrait d'une série de dispositions de ce texte, dont plusieurs étaient soumises à l'examen de constitutionnalité, doit automatiquement être lue avec cet ensemble de paramètres qui la distinguent d'une décision du Conseil constitutionnel français, rendue avant même que la loi n'entre en vigueur, dans un contexte politique par essence sensible, dès lors que la loi en question est partie intégrante du programme politique du parti venant à peine de remporter les élections législatives de mars 1986, grâce à une forte volonté au sein de l'opinion publique de répression du terrorisme.

La date des décisions devient également un élément d'analyse prééminent de ces dernières, dès lors qu'elle se situe avant ou après les attentats de septembre 2001. Le choix des trois pays a justement été motivé par cette possibilité d'étudier le contrôle de constitutionnalité des législations antiterroristes nationales sur une longue période, composée de deux phases politiquement contrastées en la matière.

Le Conseil constitutionnel français est la juridiction qui s'est le plus souvent prononcée, après 2001, sur des dispositions qui actualisaient l'arsenal antiterroriste, insérées dans des lois modifiant la législation antiterroriste, ou portant, de manière plus générale, sur la lutte contre la délinquance et la criminalité ⁷³. Les autres juges constitutionnels sont restés en retrait : ils n'ont pas été saisis de recours en inconstitutionnalité ou de questions de constitutionnalité relatives à de nouvelles dispositions antiterroristes adoptées après 2001 ⁷⁴. Ils ont, cependant, eu à affronter la question de la lutte contre le terrorisme sous d'autres aspects, tels que celui du

⁷³ Cf. les décisions 2005-532 DC du 19 janvier 2006, sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, 2003-457 DC du 13 mars 2003, sur la loi pour la sécurité intérieure, 2004-492 DC du 2 mars 2004, sur la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁷⁴ Cette absence de saisine est logique en Espagne, car aucune modification de la législation antiterroriste n'est intervenue après 2001. La partie du code pénal espagnol traitant des délits de terrorisme a, toutefois, été modifiée par la loi organique 5/2010 du 22 juin. À ce jour, aucune saisine du Tribunal constitutionnel n'a été enregistrée sur ce point. En Italie, malgré l'introduction de nouvelles mesures visant à lutter contre le terrorisme international au lendemain du 11 septembre 2001 et en 2005, la Cour constitutionnelle italienne n'a pas été amenée à se prononcer spécifiquement sur ces modifications (cf. loi n° 415 du 27 novembre 2001, loi n° 438 du 15 décembre 2001, loi n° 155 du 31 juillet 2005).

secret d'État pour la Cour constitutionnelle et de la dissolution des partis politiques pour le Tribunal constitutionnel espagnol ⁷⁵.

Cet ensemble de nuances compose une grille d'analyse très riche de la jurisprudence constitutionnelle sur laquelle notre travail s'est construit. Il explique aussi que le nombre de décisions citées est sensiblement différent d'une juridiction à une autre et, aussi, que certaines d'entre elles sont plus souvent retenues que d'autres.

L'ensemble de ces variantes pourrait être vu comme autant d'obstacles à la conduite d'une analyse du contrôle de constitutionnalité des lois antiterroristes. À l'inverse, il a créé une série d'éléments, permettant à l'étude de droit comparé de prendre tout son sens et de renforcer l'idée de la communicabilité des ordonnancements espagnol, français et italien ⁷⁶. Ainsi, la décision détaillée du Tribunal constitutionnel espagnol servira à éclaircir la formule plus concise du Conseil constitutionnel ; la saisine de ce même Tribunal de la totalité des lois organiques antiterroristes contrastera avec la décision unique de la Cour italienne sur ce même type de lois, et elle mettra en lumière l'impact des modes de saisine du juge constitutionnel sur la protection des droits fondamentaux dans les ordonnancements ⁷⁷. Finalement, les silences des juges constitutionnels, voulus ou subis, auront autant d'intérêt que leur décision explicite, car ils mettront en exergue l'attitude des juges face à ce sujet *brûlant* et les besoins d'évolution de la justice constitutionnelle et, aussi, de la législation antiterroriste.

La délimitation de notre étude à l'Espagne, la France et l'Italie ne nous permet toutefois pas d'occulter l'attitude d'autres pays et de leur juridiction constitutionnelle sur le sujet de la législation antiterroriste. Aussi, notre démonstration sera ponctuée de brefs sauts en dehors de la zone géographique

⁷⁵ Cf., respectivement, *Cour const.* n° 106 de 2009, à propos de l'affaire Abu Omar et *STC* 48/2003, recours en inconstitutionnalité formé par le Parlement basque à l'encontre de plusieurs dispositions de la loi organique 6/2002 du 27 juin sur les partis politiques.

⁷⁶ J.-C. ESCARRAS, « Sur deux études italiennes : de la communicabilité entre systèmes italien et français », *A.I.J.C.*, II, 1986, p. 15, 33 ; V. aussi *Liber amicorum Jean-Claude Escarras, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, sous la direction de M. BAUDREZ et Th. DI MANNO, Bruxelles, Bruylant, 2005 et, tout spécialement, S. GAMBINO, « Communicabilité et comparaison entre les systèmes juridiques – Méthode et recherche juridique en Italie », p. 71-106 ; J.-J. PARDINI, « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », p. 131-159 ; C. PINELLI, « Sur la communicabilité entre les ordres juridiques », p. 161-166.

⁷⁷ Il faut, ici, souligner que l'expression droits fondamentaux est utilisée depuis peu en Italie pour décrire les droits dits *constitutionnels* ou *inviolables*, cf. G. ZAGREBELSKY (G.), « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux – Cour constitutionnelle italienne », in L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1987, p. 306.

sélectionnée, afin de noter des positions pertinentes ou percutantes sans que cela ne puisse occuper une place prépondérante, dans un souci de cohérence.

Dans le même esprit, les pays choisis étant membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance de l'Union européenne, ainsi que celle de la Cour européenne des droits de l'homme – et avant elle, de la Commission – seront intégrées dans notre réflexion sur les positions des juridictions constitutionnelles nationales, afin de la nourrir.

Là encore, il s'agira de le faire dans une juste proportion, car si la dimension supranationale et étrangère du droit ne peut plus, aujourd'hui, être mise de côté, une prise en compte trop importante au regard de notre sujet, aurait pour effet de le diluer à l'excès, au point de vider la réflexion de pertinence en l'éloignant de son objectif initial.

Sur cette base, la lecture des décisions constitutionnelles relatives à la législation antiterroriste fait ressortir que les juges constitutionnels n'appréhendent pas totalement l'examen des lois antiterroristes de la même manière que celui des *autres* lois, sans jamais, pour autant, livrer un contrôle substantiellement différent. Ce contrôle, en quelque sorte *sur mesure*, prend sa source dans les caractéristiques de la législation antiterroriste, qui se positionne, dans chaque ordonnancement, comme un droit parallèle adapté à la spécificité de son objet.

Annonce du plan

En composant, avec l'ensemble des paramètres que nous avons présentés, et qui s'immiscent dans la confrontation classique de la loi et de la Constitution, le juge constitutionnel a mis en place un contrôle qui maintient la législation antiterroriste dans les limites de l'État de droit, tout en la laissant évoluer au gré de choix impérieux de politique criminelle.

Il en ressort une jurisprudence *élastique*, emplie, à la fois, de tolérance et de vigilance. Cet équilibre, subtilement dosé par le juge constitutionnel, illustre à la fois tout le réalisme dont le contrôle est marqué et tout le potentiel qu'il contient.

Le terrorisme influe sur le contrôle de constitutionnalité en conduisant le juge constitutionnel à reconstruire son contrôle pour composer avec ses caractéristiques. En effet, ces caractéristiques affectent les lois, dont le terrorisme est l'objet, dans une si large mesure qu'elles créent des distorsions constitutionnelles

inévitables, qui ne peuvent être tolérées qu'à travers une *autre lecture* des principes constitutionnels.

Le juge constitutionnel doit ainsi déplacer le curseur sur l'échelle de constitutionnalité par rapport à son positionnement ordinaire, afin d'intégrer, au mieux, la particularité de la législation antiterroriste. C'est en ce sens que le contrôle de constitutionnalité est modelé, de manière indirecte, par le terrorisme (**Première Partie**).

Parallèlement, à l'intérieur de ce cadre de contrôle redessiné, le juge constitutionnel s'attache à conserver la maîtrise de l'exercice de son contrôle pour, à son tour, influencer sur la législation antiterroriste, de sorte qu'elle reste contenue dans les limites de l'État de droit, même si celles-ci ont progressivement été repoussées vers leur point de rupture. Aussi, s'il se pose comme un rempart contre l'arbitraire, le juge constitutionnel préserve, non sans difficultés, le contrôle de constitutionnalité (**Seconde Partie**).

Première partie : Un contrôle de constitutionnalité indirectement modelé par le fait de terrorisme

Seconde partie : Un contrôle de constitutionnalité difficilement préservé par le juge constitutionnel

Première Partie :
Un contrôle de constitutionnalité indirectement modelé par le
fait de terrorisme

Lorsque le juge constitutionnel aborde l'examen de la législation antiterroriste, il ne peut occulter l'objet de cette législation. Cet objet singulier que constitue le terrorisme imprègne, en effet, l'approche juridique qui lui est réservée.

Plus particulièrement, le terrorisme commence par pénétrer tous les aspects des normes législatives pour agir ensuite, de même, sur le contrôle de constitutionnalité de ces normes législatives. À l'arrivée, on assiste à une sorte d'inondation du contrôle de constitutionnalité par le terrorisme. Pour faire face à une telle intrusion, le contrôle se façonne sous deux aspects.

D'une part, le terrorisme induit un glissement du contrôle dans une zone de tolérance plus affirmée que d'ordinaire. Il exige en effet une adaptation du contrôle, qui doit automatiquement prendre en compte sa singularité et sa gravité au regard du fondement démocratique des États (**Titre 1**).

D'autre part, quelle que soit la configuration normative, y compris constitutionnelle, qui encadre la législation antiterroriste, le terrorisme entraîne une nouvelle délimitation du cadre du contrôle des lois en raison de l'influence qu'il opère sur la norme législative. L'action législative contre le terrorisme correspond à un espace discrétionnaire reconnu au législateur, dans lequel son action reçoit une grande légitimité. Par ce biais le terrorisme s'infiltré dans les paramètres du contrôle de la loi qui lutte contre lui. Le juge constitutionnel ne peut qu'en prendre acte (**Titre 2**).

Titre 1 :

L'adaptation du contrôle au fait de terrorisme

Le fait de terrorisme est un phénomène très singulier auquel le contrôle de constitutionnalité doit s'adapter, afin de tenir compte de ses spécificités. Dans le cadre de l'exercice du contrôle de constitutionnalité appliqué au terrorisme, il ne peut ainsi être occulté que ses spécificités exigent spontanément une nouvelle lecture de la vie démocratique. Le contrôle de constitutionnalité ne peut, en conséquence, être identique à celui mis en œuvre pour les *autres* lois.

L'illustration de cette différence se trouve dans la position du cadre du contrôle sur l'échelle de la flexibilité de la lecture de la norme constitutionnelle. Le terrorisme provoque le glissement de ce cadre vers une zone de tolérance plus grande que d'ordinaire, et ce, en vertu de deux raisons.

La dangerosité du terrorisme est mise en avant de manière très prononcée par l'ensemble des législateurs, qui formulent des définitions des actes de terrorisme susceptibles d'être largement interprétées. Cette dilatation du concept de terrorisme n'est que la conséquence de la crainte des États de voir ce fléau venir rompre les bases sur lesquelles ils se sont construits. Il s'ensuit que, lorsque le juge constitutionnel entreprend l'examen de constitutionnalité de dispositions antiterroristes, l'objet même que ces textes ont pour but de combattre se trouve automatiquement intégré par le juge dans les paramètres de l'examen, même si cette fusion ne s'exprime pas toujours expressément (**Chapitre 1**).

Par ailleurs, il ressort de ces définitions juridiques des actes de terrorisme qu'ils représentent un danger si singulier pour les États que seules des mesures adaptées et sévères sont à même de permettre une lutte efficace. Dans ce contexte, les droits fondamentaux doivent impérativement *céder* sous le poids de la menace, sans jamais, évidemment, être totalement remis en cause. Ce second aspect de la lutte contre le terrorisme, complètement dépendant du premier, se trouve aussi intégré dans l'évaluation, faite par le juge, de la conciliation, entre l'ordre et la liberté, opérée par le législateur. Au point, d'ailleurs, que le juge constitutionnel ne pourra contrôler les dispositions antiterroristes avec les mêmes exigences que celles qui

sont requises pour les dispositions n'ayant pas pour objet la lutte contre le terrorisme.

Ce constat conduit le juge constitutionnel à faire glisser le cadre de son contrôle dans une zone plus souple, dans laquelle il accepte, par principe, des aménagements du régime des droits fondamentaux plus sévères que d'ordinaire. Nous constaterons ainsi que, d'une manière très caractéristique, ce contrôle de constitutionnalité, plus tolérant, prend sa source dans la formulation législative de l'infraction et se concrétise par la reconnaissance – par les juges constitutionnels eux-mêmes – de la nécessité d'adopter une législation adaptée au terrorisme (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 :

Le poids de la définition juridique du terrorisme

Telle qu'elle est formulée par les législateurs, la définition juridique des actes de terrorisme met l'accent sur la dangerosité et sur la perversité du terrorisme. Cette définition invite ainsi le juge constitutionnel à prendre acte des caractéristiques du phénomène terroriste, afin que ces caractéristiques soient intégrées dans l'analyse des dispositions visant à le combattre. Cette prise en compte explique que le juge constitutionnel pose un *autre* regard sur les lois antiterroristes, un regard différent de celui qu'il porte sur les lois qui abordent d'autres questions plus *ordinaires* pour l'État.

La définition juridique des actes de terrorisme participe ainsi à la modification du cadre du contrôle de constitutionnalité. Elle incite le juge constitutionnel à adapter ce cadre de contrôle à la dangerosité du terrorisme, exprimée désormais dans toutes les formulations législatives des actes de terrorisme (**Section 1**) et exacerbée par l'approche finaliste privilégiée par l'ensemble des législateurs (**Section 2**).

Section 1 : La dangerosité du terrorisme soulignée par sa définition juridique

L'élaboration d'une définition du terrorisme repose sur une contradiction assez cruelle. En ce sens, C. Grewe et R. Koering-Joulin soulignent que « rarement comportement aura suscité autant de consensus pour le réprimer, et même sévèrement ». Les auteurs précisent, par ailleurs, que « dans le même temps et non sans paradoxe, aucun n'aura rencontré si peu d'accord pour le définir »⁷⁸. Le terrorisme est ainsi, sans conteste, un objet dont le droit a beaucoup de difficulté à s'emparer (§ 1).

Définir le terrorisme représente pourtant un enjeu crucial pour les États démocratiques, car l'élaboration de la meilleure réponse en dépend. En effet, sans définition commune et satisfaisante du terrorisme, organiser la lutte contre lui reviendrait à combattre vainement un phénomène diffus, confus, imperceptible ou,

⁷⁸ C. GREWE, R. KOERING-JOULIN, « De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures antiterroristes », in *Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Liberté, justice, tolérance*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 892.

encore, vague, en élaborant des réponses qui consisteraient à *frapper large* dans l'espoir de l'atteindre.

Ainsi, malgré l'aspect *herculéen* de la tâche à accomplir, gouvernements et législateurs se sont progressivement attelés à l'exercice. Les incriminations de terrorisme, aujourd'hui en vigueur, traduisent finalement une approche identique du phénomène, qui repose sur la base d'une structure binaire mettant en valeur l'ampleur du danger que représente le terrorisme pour les États (§ 2).

§ 1 – L'insertion difficile du terrorisme dans une définition juridique

La difficulté à donner une définition juridique au terrorisme est largement exprimée dans la littérature juridique. Définir le terrorisme représente « une entreprise périlleuse »⁷⁹. C'est, en effet, « un acte difficilement qualifiable »⁸⁰, tant il « se prête difficilement à la création et à l'analyse juridique »⁸¹. Il est encore présenté comme une infraction tellement « rebelle à toute définition »⁸² que cette dernière se révèle « introuvable »⁸³ (A). La montée en puissance de la menace terroriste et la cruauté des vagues d'attentats ont cependant transformé la nécessité de définir le terrorisme en véritable devoir. Les premières formulations de l'infraction de terrorisme ont donc vu le jour sur la base de l'expérience que chaque État connaissait du phénomène (B).

A. L'absence d'une définition commune du terrorisme

Malgré un nombre considérable de textes, de débats et d'études, consacrés au phénomène depuis des années, aucune définition satisfaisante n'a recueilli l'approbation unanime des différents acteurs à l'échelle universelle⁸⁴.

⁷⁹ R. OTTENHOF, « Le droit pénal français ... », art. cit., p. 611.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ M-D. CHARLIER-DAGRAS, « La lutte anti-terroriste et les droits fondamentaux », in *Mélanges J-P. MARICHY*, Toulouse, Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse, 2003, p. 45.

⁸² M-E. CARTIER, « Introduction », Colloque de l'Institut suisse de police (ISP) à l'occasion de son jubilé (1946-1996), le 7 novembre 1996, *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1997.

⁸³ R. KOERING-JOULIN, « Infraction politique et violence », *J.C.P.*, 1982, I, n° 3066 ; F. DELPEREE, « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », in « Compte rendu des discussions et débats », Table Ronde Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux, *A.I.J.C.*, 2002, p. 337.

⁸⁴ WALTER LAQUEUR recensait, déjà en 1979, 109 définitions du terrorisme. À l'époque, cette liste n'était pas exhaustive, elle le serait encore moins aujourd'hui (*Terrorisme*, Paris, P.U.F., 1979 ; cité par C. CHOUQUET, « Terrorisme, criminalité organisée et défense », *Droit et défense*, n° 2, 2001, p. 11). Dans le même sens, V.

L'hostilité du terrorisme à se laisser enfermer dans une définition juridique provient de deux de ses aspects.

D'une part, phénomène mouvant et protéiforme, le terrorisme s'illustre au travers d'une multitude d'activités criminelles, dans lesquelles il peut se concrétiser, et de finalités qu'il peut viser⁸⁵. Ces modes d'expression variés lui confèrent un caractère polymorphe qui justifie, en partie, l'absence de définition unitaire du terrorisme dans le langage courant comme dans le langage juridique.

Cet aspect du terrorisme est révélé par sa capacité à changer perpétuellement d'aspect. En effet, force est de constater que les terroristes ne frappent généralement pas deux fois au même endroit ni de la même manière. Cette métamorphose incessante démontre la capacité d'adaptation du phénomène à n'importe quel contexte et sa capacité d'évolution selon les époques dans lesquelles il est exprimé. Les terroristes savent ainsi exploiter au mieux des moyens technologiques pour varier la forme et le lieu des attentats. Ils sont ainsi susceptibles de se manifester partout et de mille façons.

1) Des manifestations variées

Les actes de terrorisme peuvent être des attentats contre des personnes publiques ou privées, comme l'assassinat du président Sadi Carnot, sous la III^{ème} République, la tentative d'assassinat du général de Gaulle au Petit Clamart, le 22 août 1962, ou des fusillades ou explosions aveugles dans des lieux publics. À l'égard des personnes, le terrorisme peut aussi consister en des séquestrations d'agents diplomatiques et de personnalités politiques⁸⁶, des prises en otage de personnes publiques ou privées.

Le terrorisme se manifeste également à travers des actes tels que des attentats contre des édifices et autres biens publics ou privés, comme lors de *nuits bleues* en Corse, ou encore, la destruction d'une Caravelle d'Air France sur un aéroport breton, ou enfin, l'incendie criminel d'un grand magasin, à Paris. Les actes de terrorisme peuvent aussi prendre la forme de détournements d'avions et aéronefs, ou de bateaux.

A. SINAGRA, « Réglementation et jurisprudence italienne en matière de terrorisme », *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2006, n° 24, p. 86.

⁸⁵ A. SINAGRA, « Réglementation et jurisprudence italienne... », art. cit., p. 86.

⁸⁶ Un des enlèvements les plus marquants a été celui du député italien Aldo Moro, le 16 mars 1978 en plein Rome, par un groupe des Brigades Rouges, qui fut suivi par une détention de 55 jours qui s'acheva avec l'assassinat du député.

Une seule manifestation terroriste peut aussi, sans difficulté, combiner plusieurs de ces moyens, comme « l'explosion d'engins meurtriers dans les wagons du réseau express régional parisien, aux stations Saint-Michel et Port-Royal ou bien les événements du 11 septembre 2001 aux États-Unis, qui ont entraîné la mort de milliers de civils à New York, à Washington et celle de tous les passagers qui se trouvaient à bord des quatre avions de ligne détournés par un groupe organisé de terroristes »⁸⁷.

2) Des manifestations évolutives

Après les premiers attentats réalisés à l'arme blanche⁸⁸, les terroristes ont profité de l'invention de la dynamite et du développement des explosifs et autres armes à feu pour mener des actions plus *frappantes*⁸⁹. Cet usage des avancées technologiques s'est poursuivi ces dernières années avec la naissance du terrorisme écologique et informatique, qui consiste « à détruire ou à endommager des systèmes informatiques tels que des bases de données civiles ou militaires ou encore des systèmes de télécommunications, dans le but de déstabiliser un État ou de faire pression sur les pouvoirs publics »⁹⁰. Cette évolution montre combien les terroristes savent adapter leurs modes d'expression au gré de celle de la société. Au-delà des progrès technologiques qui ont permis d'accroître la dangerosité des attentats, les évolutions de l'informatique et du monde de la finance ont offert aux terroristes une plate-forme de premier choix pour se déplacer, récupérer des données et faire fructifier l'argent nécessaire à la réalisation de toutes sortes d'actions, sur l'ensemble de la planète. La lutte contre le financement du terrorisme est d'ailleurs devenue l'un des *nerfs* de la guerre contre le terrorisme. Dans le même esprit, les terroristes ont parfaitement su exploiter la place des médias dans la société pour relayer leurs revendications et répandre le sentiment de peur.

Le terrorisme apparaît ainsi comme une problématique internationale. En effet, le développement et le perfectionnement des techniques terroristes sont assez criants lorsque l'on procède à la lecture des nombreuses conventions internationales adoptées sur le sujet. En effet, les différents thèmes abordés par ces textes illustrent

⁸⁷ Énumération de Th. S. RENOUX, « Juger le terrorisme ? », *Cahiers du Cons. Constit.*, 2003, p. 106.

⁸⁸ Le Président Sadi Carnot fut blessé d'un coup de poignard par l'anarchiste italien Santo Geronimo Caserio, le 24 juin 1894, lors de l'exposition de Lyon. Il mourut des suites de ses blessures.

⁸⁹ Sur la naissance du terrorisme moderne, cf. H. LAURENS, « Le terrorisme comme personnage historique », in M. DELMAS-MARTY, H. LAURENS (dir.), *Terrorisme : histoire et droit*, Paris, CNRS éditions, 2010, p. 9 et particulièrement p. 18-23.

⁹⁰ V. le rapport du Parlement européen pour un exposé plus complet des nouvelles formes de terrorisme, *Recommandation du Parlement européen sur le rôle de l'Union dans la lutte contre le terrorisme*, 2001/2016 (INI), publié au J.O.C.E. 21 mars 2002, p. 135-141, point W.

bien la variété des manifestations terroristes, et surtout, la difficulté avec laquelle les États appréhendent le phénomène. Il faut généralement un attentat commis d'une certaine manière pour que les États organisent, *a posteriori*, une prévention et une répression de la technique employée. L'intitulé des diverses conventions souligne ce mode de réaction. Ainsi furent adoptées, dans le cadre onusien, des conventions sur le détournement d'avions (1970), contre la prise d'otages (1979), ou encore pour la répression du financement du terrorisme (1999). Cette lutte *à contre-coup* donne l'image d'États crispés, courant derrière des terroristes sereins, agissant avec une franche longueur d'avance.

À ce titre, le développement de la coopération internationale en matière de lutte contre le terrorisme souligne *l'évolution géographique du phénomène*. Ce développement est visible notamment à travers l'accroissement des discussions et l'adoption de textes dans le cadre des organisations intergouvernementales. Tout d'abord limité à un territoire (dirigé contre un chef d'État ou un homme politique), le terrorisme a, en effet, progressivement élargi son champ d'action pour devenir international, voire transnational⁹¹. Tous les pays sont désormais concernés par la question terroriste.

Par ailleurs, la définition du terrorisme est difficile à formuler, car elle demande de se placer dans un système de valeurs, de bien et de mal, d'ami et d'ennemi, qui la modifient selon le côté où l'on se place. Ainsi, même si le mal est commun à plusieurs pays (comme c'est le cas aujourd'hui), chacun insiste sur un aspect du phénomène qui lui est cher, mais qui n'est que secondaire pour les autres, si bien qu'une définition satisfaisante pour tous n'émerge jamais.

La diversité des causes qui motivent les actions terroristes est un facteur essentiel de l'absence de consensus sur une définition commune. C'est pourquoi lorsque J.-M. Sorel s'interroge sur la question de savoir si l'on peut parvenir à une définition du terrorisme, il relève que « si on semble d'accord sur la méthode (usage indiscriminé de la violence), sur la qualification de l'acte (nonobstant la question plus précise de la qualification du crime et de sa sanction, mais il s'agira toujours d'un acte criminel considéré comme grave), sur ses conséquences (graves dommages matériels et humains, publics ou privés), sur son objectif (créer la terreur en

⁹¹ Dès 1968, le terrorisme international est né. Un avion de la compagnie israélienne El Al est attaqué sur l'aéroport d'Athènes par un commando palestinien. Plus qu'international, le terrorisme devient alors transnational. Le terrorisme contemporain fait intervenir trois facteurs : A frappe B sur le territoire de C (à l'image d'Al-Qaïda qui frappe des hélicoptères américains en Somalie en 1993, ou de l'attentat à la bombe devant le bureau de la Turkish Airlines à l'aéroport d'Orly en France, le 15 juillet 1983). Dans le même esprit, des liens se tissent entre les groupes terroristes des différents pays, créant ainsi des réseaux d'entraides entre les groupes terroristes pour améliorer la préparation logistique des attentats. Sur ce point, TH. DE MONTBRIAL, *Rapport annuel mondial sur le système économique et les stratégies*, Institut français des relations internationales (IFRI), Paris, Ed. Atlas Economica, 1986, p. 98-99.

dissociant la victime et la cible, ce qui revient à la notion de violence indiscriminée), il reste le désaccord sur ces causes, autrement dit sur sa motivation et sa légitimation, et donc sur la qualification de ses auteurs »⁹².

Cet aspect doit être abordé avec la plus grande franchise par les États pour espérer qu'une définition commune voit enfin le jour⁹³. La difficulté de parvenir à un consensus est cependant de taille dès lors que l'histoire démontre qu'il n'existe pas un terrorisme mais plusieurs types de terrorismes, qui émergent dans différents secteurs de la société pour soutenir différentes causes, manipulés par différents sujets et pour différents motifs. Si tous ont globalement pour point commun la résistance et la lutte contre une *prétendue* oppression, les désaccords surgissent quant à la légitimité de leur cause. Sur ce point, même le choc des attentats du 11 septembre 2001 n'aura pas eu d'effet pacificateur sur les débats au sein de l'Assemblée Générale des Nations Unies⁹⁴.

Sur un plan interne, la Constitution elle-même semble incapable de fournir un début de solution à la question de la définition du terrorisme. Le texte constitutionnel est silencieux sur la question en France et en Italie. En Espagne, l'article 55-2 de la Constitution ne renvoie que brièvement aux *éléments terroristes* et ne donne aucune précision aux pouvoirs publics sur le sens à attribuer à cette expression.

Face à tant d'années de tentatives restées vaines, une déclaration, inscrite à la veille des attentats du 11 septembre, dans le rapport de la sous-commission onusienne de la protection des droits de l'Homme, « terrorisme et droits de l'Homme », soulève la question, quelque peu audacieuse, de la nécessité de parvenir à une définition juridique du terrorisme. Il a en effet été admis que « l'Assemblée générale est priée de ne pas attendre une définition juridique exacte du terrorisme pour organiser une lutte contre ce fléau »⁹⁵.

⁹² J.-M. SOREL, « Existe-t-il une définition universelle du terrorisme », in K. BANNELIER, O. CORTEN, T. CHRISTAKIS ET B. DELCOURT (dir.), *Le droit international face au terrorisme – Après le 11 septembre 2001*, CEDIN-Paris I, Cahiers internationaux n° 17, Pedone, 2002, p. 58.

⁹³ « [...] il est hypocrite – et contre-productif – d'éviter d'évoquer les causes du terrorisme car les discuter permet de les exclure clairement de toute justification », *Ibid.*, p. 68.

⁹⁴ Après un premier mouvement unitaire favorisé par l'émotion suscitée par ces attentats qui a pu faire « penser que la lutte contre le terrorisme [était] enfin devenue une priorité consensuelle », les polémiques vont vite réapparaître : « les injustices sociales à l'origine du terrorisme et le nécessaire respect du droit à l'autodétermination » seront invoqués. Le représentant du Yémen dénoncera le terrorisme d'État pratiqué par Israël, la Libye dira même qu'elle subit le terrorisme alors qu'elle est accusée de le soutenir, et l'Irak accusera les États-Unis et le Royaume-Uni de mener des attaques terroristes contre son pays. V. les communiqués de presse des 2 et 4 octobre 2001 (AG/1195 et AG/1200). V. aussi pour les passages cités dans la note : J.-M. SOREL, *Ibid.*, p. 59.

⁹⁵ Rapport établi par KALLIOPI KOUFA, E/CNA/sub.2/2001/31, 27 juin 2001.

Une réponse négative à la question de l'utilité d'une définition rassemble quelques partisans. Ainsi, le terrorisme peut être présenté comme une sorte de *label*, « apposé sur des situations variées qui ne peuvent prétendre à un traitement unique »⁹⁶, ou encore comme une « une étiquette que l'on appose et par laquelle on dénie toute légitimité à son adversaire ». La notion de terrorisme est alors vue comme « l'instrument d'un combat politique. Elle dénonce, elle discrédite et elle accuse, mais en aucun cas elle n'explique »⁹⁷. De même, avant les attentats du 11 septembre 2001, M. Bigo présentait le terrorisme comme une « labellisation administrative »⁹⁸ et, après ces attentats, il en niait l'existence en précisant qu'il « est fréquent que les organisations ou leurs parrains incriminés cherchent à se disculper et à retourner l'accusation contre les États », ce qui conduit chaque acteur à se qualifier mutuellement de terroriste, de sorte que donner une définition du terrorisme reviendrait à prendre parti entre ces acteurs et interdirait toute définition objective⁹⁹.

Il n'en demeure pas moins que l'élaboration d'une définition juridique des actes de terrorisme est essentielle, afin de le combattre de manière efficace. Comme le souligne justement J-M. Sorel, faute de définition, on encadre le terrorisme « dans l'incertitude, par petites touches, comme un phénomène honteux, répréhensible, dénoncé par tous mais compris différemment par chacun [...] faute de définition, une certaine forme de loi du talion risque de perdurer avec une définition unilatérale du terrorisme qui pourrait être pire qu'une définition commune, même approximative »¹⁰⁰. La poursuite, à divers niveaux, des débats sur ce point démontre que l'intérêt du procédé a été largement admis.

Les difficultés rencontrées sur le plan international pour définir le terrorisme ont dû être surmontées sur le plan national. En effet, la nécessité de définir juridiquement le terrorisme s'est imposée, très tôt et avec plus de force, aux

⁹⁶ V. pour l'exposé de ces positions J-M. SOREL, *Ibid.*, p. 64.

⁹⁷ D. DUEZ, « De la définition à la labellisation : le terrorisme comme construction sociale », in K. BANNELIER, TH. CHRISTAKIS, O. CORTEN, B. DELCOURT (dir.), *Le droit international face au terrorisme*, coll. Cahiers internationaux, CEDIN-Paris 1, n° 17, Paris, Éditions A. Pedone, 2002, p. 105 et s., spec. p. 118.

⁹⁸ *Polices en réseaux*, Paris, Presses de Sciences politiques, 1996, p. 69.

⁹⁹ Les Brigades rouges, les Fractions armées révolutionnaires libanaises, le gouvernement libyen, ont tous fait des déclarations pour accuser à leur tour les États italiens, français ou américains d'être les *vrais* terroristes (D. BIGO, « L'impossible cartographie du terrorisme », *Cultures et Conflits*, Articles inédits, 2008, [En ligne], mis en ligne le 25 février 2005. URL : <http://conflits.revues.org/index1149.html>).

¹⁰⁰ L'auteur note également que la définition du terrorisme doit être élaborée « par rapport à un ordre admis à un moment donné par la communauté internationale », ce qui ne résout pas « la question de la légitimité de cet ordre établi ». Or, « le risque est évident : que les États qui possèdent la puissance s'érigent en gardiens d'un ordre public international qu'ils définiront eux-mêmes à leur image » (J-M. SOREL, *Ibid.*, p. 66-67).

pouvoirs publics des pays que nous étudions, en raison d'un développement inquiétant des manifestations terroristes, qui imposait une réaction normative.

Ainsi, bien qu'imparfaites, les premières définitions des délits de terrorisme ont été formulées par les législateurs espagnols, français et italiens, qui ont tenté de transcrire, en langage juridique, les actes terroristes dont leurs pays étaient la cible.

B. L'émergence empirique de la définition du terrorisme

Les États ont très tôt pris conscience qu'ils ne maîtrisaient pas le phénomène terroriste sur lequel ils n'avaient aucune prise. Ce sont finalement les terroristes qui ont placé régulièrement les Gouvernements *au pied du mur* en les obligeant à fournir des réponses juridiques pour prévenir et réprimer les attentats dans la précipitation et avec une obligation d'efficacité. Les dirigeants n'ont donc jamais pu véritablement organiser une ligne d'attaque contre le phénomène, en dehors de toute menace. Devant sa profonde complexité, ils ont opté pour une approche empirique de celui-ci, tant du point de vue de *la conception de la répression* que du point de vue de *la rédaction de l'infraction de terrorisme*.

La mise en place de la lutte contre le terrorisme demandait aux législateurs de faire un choix de politique criminelle crucial. M. Pradel explique que plusieurs options s'offraient alors aux législateurs. Ils pouvaient ainsi adopter une *conception bienveillante* à l'égard des auteurs des actes de terrorisme en considérant ces derniers comme des infractions politiques. Ils pouvaient aussi retenir une *conception moyenne* leur permettant de considérer ces actes comme des infractions de droit commun, au double motif que l'auteur se conduit de manière odieuse et que le droit en vigueur contient un dispositif suffisant. Ils pouvaient enfin privilégier une *conception sévère* pour que ces actes soient assimilés à des infractions *méritant* un statut spécialement répressif, seul moyen de protéger la société ¹⁰¹.

Or, dès lors que les pouvoirs publics ont évacué la première option en rejetant l'idée que le terrorisme puisse être considéré comme une infraction politique – outre la question sensible de l'extradition, la noblesse qui peut auréoler les auteurs des infractions politiques ne pouvait être tolérée à l'égard des terroristes –, ils devaient choisir entre la conception moyenne et la conception sévère évoquées par M. Pradel.

¹⁰¹ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 12^{ème} éd., 2000-2001, p. 281-282.

La conception moyenne revient à se servir du seul droit commun. Elle était celle qui avait été retenue, jusque-là, par les États, mais elle révélait, depuis un certain temps et assez cruellement, son impuissance.

Dans un premier temps, l'ensemble des États a en effet tenté de lutter contre le terrorisme au moyen des instruments de droit commun, en le considérant comme une forme de délinquance ordinaire que le droit en vigueur était en mesure d'appréhender. Le terrorisme était alors considéré comme une infraction portant atteinte à la personnalité de l'État ou, plus largement, comme un phénomène criminel tel que l'illustre le droit italien.

L'État italien a connu une période d'expansion des garanties individuelles dans les années 1968-1972, qui a été rapidement remise en question suite à une recrudescence de faits criminels à partir de 1974 ¹⁰². S'est ainsi ouverte une période durant laquelle les pouvoirs publics ont été en alerte en raison des nombreuses manifestations criminelles violentes, tandis que l'opinion publique, dans sa majorité, n'avait pas une pleine conscience du phénomène terroriste. La principale préoccupation du Gouvernement était donc de préserver l'ordre public. L'avancée législative significative de cette période a ainsi été symbolisée par la *legge Reale* ¹⁰³ « portant dispositions pour protéger l'ordre public ». Cette loi se référait au phénomène criminel *dans sa globalité* et les choix législatifs ne traitaient pas le terrorisme de manière spécifique. La question terroriste n'a donc pas immédiatement bénéficié d'une approche particulière. Elle était assimilée aux manifestations de criminalité subversive, déjà réprimées par les lois en vigueur ¹⁰⁴.

Ce n'est qu'après plusieurs attentats perpétrés sur leur sol ou à l'étranger, contre leurs intérêts, que les Gouvernements se sont résolus au constat de la

¹⁰² Pour Victorio GREVI, les garanties individuelles connurent même le mouvement inverse de l'expansion pour être réduites au minimum acceptable dans un État démocratique. V. « Sistema penale e leggi dell'emergenza : la risposta legislativa al terrorismo », in G. PASQUINO (a cura di), *La prova delle armi*, Bologne, Il Mulino, 1984, p. 28.

¹⁰³ Loi n° 152 du 22 mai 1975 portant dispositions pour la protection de l'ordre public. Ce fut une loi qui suscita de très vives discussions, notamment quant à certaines dispositions discutables. Les polémiques diminuèrent suite au refus du peuple d'abroger la loi (référendum abrogatif du 11-12 juin 1978) et à la décision de la Cour constitutionnelle n° 16 de 1978, V. *ibid.*, p. 25.

¹⁰⁴ V. GREVI explique que « la loi Reale contenait quelques dispositions sur le danger provenant des groupes d'extrême droite et, dans ce but, elle prévoyait l'augmentation des peines et la formulation nouvelle de certains délits déjà prévus par la loi n° 645 du 20 juin 1952, dite "Loi Scelba", mais aussi la prévision de nouvelles et plus larges figures délictuelles, afin d'assurer une meilleure prévention et répression des activités criminelles graves d'origine néofasciste. Pour le reste, l'unique instrument, d'utilité cependant indirecte, était constitué par l'extension de l'application des mesures de prévention adoptées à travers la loi antimafia de 1965 (à laquelle s'ajoutait la mesure de suspension provisoire de la gestion des biens personnels), à différentes catégories de personnes, parmi lesquelles se trouvaient celles qui avaient commis des "actes préparatoires, d'une particulière importance, destinés à subvertir l'ordonnement étatique" à travers la réalisation d'un des graves délits expressément indiqués », *Ibid.*, p. 28.

nécessité d'adopter des instruments mieux adaptés à l'originalité et à la gravité du phénomène terroriste.

Les législateurs ont finalement opté pour une approche *mixte* des actes de terrorisme, mêlant à la fois la conception moyenne et la conception sévère de ces derniers.

Cette attitude a permis aux législateurs d'inscrire la nouvelle ligne d'attaque contre le terrorisme dans la continuité de l'approche étatique, centrée sur le principe que le droit en vigueur dispose des moyens suffisants pour combattre le phénomène, tout en prenant en compte la réalité à laquelle ils avaient été confrontés et qui exigeait un traitement plus rigoureux des attentats terroristes.

Les législateurs ont ainsi pu passer en douceur à une conception sévère des actes de terrorisme sans avoir le sentiment de sombrer dans une politique du *tout répressif*.

Les premières lois antiterroristes ont ainsi vu le jour dans chaque pays, dans le but d'adapter les structures administratives, procédurales et policières à cette lutte et, surtout, de doter les forces de police et la justice des moyens adéquats.

La rédaction de ces textes exigeait cependant d'élaborer les qualifications pénales adaptées à l'enjeu ¹⁰⁵. Autrement dit, Gouvernement et législateur ont dû fournir une *définition de l'acte de terrorisme* conditionnant la mise en œuvre d'un régime dérogatoire au droit commun. Ils ont agi en se servant de leur expérience concrète du phénomène.

L'idée de créer une nouvelle infraction autonome a, dans un premier temps, été soulevée. Elle présentait, cependant, trois inconvénients majeurs. Tout d'abord, la difficulté, voire l'impossibilité, de définir le terrorisme de manière satisfaisante était déjà constatée par de nombreux débats, nationaux et internationaux « alors que [...] le droit positif réprime à peu près tous les agissements susceptibles de constituer des actes de terrorisme » ; ensuite, la question « de prévoir une peine unique, fût-ce en adoptant le procédé classique de la “fourchette”, pour des faits qui restent souvent bien différents les uns des autres » ne trouvait pas de solution ; enfin, les États étaient animés par la volonté de pouvoir extraditer le présumé terroriste. Or, « certaines conventions d'extradition énumèrent les infractions

¹⁰⁵ La première loi antiterroriste française de 1986, créa, à ce titre, le délit d'associations de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste, suite à l'attentat du 15 juillet 1983 à l'aéroport d'Orly, qui avait particulièrement choqué les policiers. En effet, « la DST était au courant qu'un réseau d'extrémistes arméniens – l'Asala – préparait un attentat, mais elle n'avait pas les moyens juridiques de les arrêter avant qu'ils ne passent à l'acte ». La loi de 1986 rendit l'arrestation possible en amont. V., A. GARAPON, « Les dispositifs antiterroristes de la France et des États-Unis », *Esprit*, 2006, n° 4, p. 132-133.

susceptibles de permettre l'extradition [et] l'infraction spécifique de terrorisme ne figure évidemment pas dans la liste »¹⁰⁶.

Aussi, la rédaction d'une infraction nouvelle aurait présenté les inconvénients d'une infraction peu précise en raison de l'impossibilité de définir convenablement le terrorisme¹⁰⁷. En conséquence, cette voie a été évacuée et aucune nouvelle infraction n'a été créée¹⁰⁸.

La méthode, finalement retenue, a consisté à « se contenter d'énumérer certaines infractions déjà existantes pour les soumettre à un régime particulier, plus sévère, lorsqu'elles sont commises dans un certain contexte »¹⁰⁹. Cette option représentait un bon intermédiaire en permettant de mettre en place une réponse normative adaptée à la spécificité du terrorisme sans avoir à résoudre la question de sa définition.

Le terrorisme a ainsi été appréhendé sur la base de l'énumération d'infractions déjà connues du droit pénal auxquelles était appliqué un ensemble de règles procédurales strictes, dès lors qu'elles étaient commises dans un cadre particulier. Selon les ordonnancements, on parle d'acte de terrorisme ou de délits de terrorisme¹¹⁰.

Les premières expressions juridiques des actes de terrorisme ont ainsi été élaborées sur la base de l'expérience que chaque État avait du phénomène. Si le droit italien a intégré progressivement les différentes facettes des actes de terrorisme dans le code pénal, les droits espagnol et français sont allés plus vite en élaborant une incrimination terroriste englobant une variété d'actes par lesquels les attentats pouvaient être perpétrés.

La première incrimination d'une action terroriste à être formulée par le droit italien a eu pour intention de punir la séquestration d'une personne à des fins terroristes. L'article 2 du décret-loi n° 59 du 21 mars 1978 (converti, avec quelques

¹⁰⁶ J. PRADEL, « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal (loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986) », *D.*, 1987, p. 42. Le dernier argument, relatif à l'extradition, est celui le plus fréquemment avancé par la doctrine sur le choix du législateur de ne pas créer une nouvelle infraction, V. également G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 19ème éd., 2005, p. 192.

¹⁰⁷ Comme nous le constaterons dans la suite de nos développements, il n'est pourtant pas certain que le mode de définition finalement retenu par les législateurs évacue l'écueil de l'imprécision (*Ibid.*).

¹⁰⁸ J. PRADEL, *Droit pénal...*, *op. cit.*, p. 282.

¹⁰⁹ J. PRADEL, « Les infractions de terrorisme... », art. cit., p. 42.

¹¹⁰ Le code pénal français mentionne les actes de terrorisme, alors que le code pénal espagnol évoque les délits de terrorisme. Le code pénal italien qualifie une conduite spécifique de terrorisme (par ex. séquestration à des fins terroristes) et la doctrine évoque les actes ou les infractions de terrorisme. En dehors des infractions mentionnées dans le code pénal, l'article 1^{er} de la loi n° 15/1980 considère comme circonstance aggravante le fait qu'un crime ait été commis dans un but de terrorisme.

modifications, par la loi n° 191 du 18 mai 1978), première norme consacrée au terrorisme en Italie ¹¹¹, a été rédigé par le Gouvernement dans une période très particulière qui marqua l'histoire de l'Italie. En effet, une réaction législative spécifique au terrorisme se justifiait depuis un certain temps, mais le Gouvernement est concrètement passé à l'action suite à l'enlèvement d'Aldo Moro, président de la démocratie chrétienne, par une faction des Brigades Rouges, le 16 mars 1978, en plein cœur de Rome ¹¹².

L'article 2 du décret-loi n° 59 de 1978 a modifié un article du code pénal en vigueur ¹¹³ pour punir de trente ans de prison « quiconque, dans le but de tirer profit du prix de la libération, pour lui-même ou pour des tiers, ou dans un but de terrorisme ou de subversion de l'ordre démocratique, séquestre une personne » ¹¹⁴.

La liste des incriminations terroristes a ensuite été complétée par d'autres textes, suite à une nouvelle vague de graves attentats terroristes et au besoin de créer ce qui, à l'époque, sera qualifié de véritable arsenal antiterroriste. Le décret-loi n° 625 du 15 décembre 1979 (converti par la loi n° 15 du 6 février 1980), intitulé « mesures urgentes pour la protection de l'ordre démocratique et la sécurité

¹¹¹ Pour être totalement exact, les premières réponses antiterroristes en Italie ont été des ajustements de la législation en vigueur destinés à résoudre des problèmes qui se présentaient et qu'il était urgent de régler. Ainsi, la première réaction législative a eu lieu au printemps 1977, concomitamment aux premiers grands procès terroristes, afin de faire cesser la stratégie des accusés, détenus ou en liberté, visant à empêcher l'ouverture des procès. Ils agissaient sur deux plans : d'une part, ils empêchaient l'exercice régulier de la défense en refusant systématiquement leurs avocats désignés d'office ; d'autre part, ils agissaient pour retarder la constitution des jurys en menaçant et en intimidant les jurés populaires des Cours d'assises. La première idée fut de régler la question du refus des défenseurs dans le cadre général de l'autodéfense, le décret-loi n° 151 du 30 avril 1977 (converti par la loi n° 296 du 7 juin 1977) fut finalement adopté après la tragique mort du président de l'ordre des avocats, qui avait été désigné d'office comme avocat de la défense des chefs des Brigades rouges. Il avait pour principale disposition la suspension de la durée de détention préventive durant la période au cours de laquelle le débat est suspendu ou renvoyé « pour cause de force majeure qui empêche la formation des jurys ou l'exercice de la défense », afin d'anéantir l'objectif des terroristes qui était de laisser les délais s'écouler et de pouvoir bénéficier, à leur expiration, d'une mise en liberté automatique. Concernant les manipulations terroristes, afin d'empêcher l'ouverture des procès, le Gouvernement adopta, avec le décret-loi n° 31 du 14 février 1978 (converti par la loi n° 74 du 24 mars 1978), plusieurs modifications des règles de fonctionnement des Cours d'assises concernant le tirage au sort des noms des jurys populaires, la formation du collège et la désignation de juges suppléants, et ce, afin d'anéantir les pressions intimidantes des terroristes. V. pour plus de détails et, notamment, sur la réforme pénitentiaire, V. GREVI, « Sistema penale e leggi dell'emergenza ... », art. cit. p. 30 et s.

¹¹² Aldo Moro resta 55 jours en détention. Il fut retrouvé mort, dans le coffre d'une voiture à Rome, le 9 mai 1978. Ce drame secoua l'Italie pendant longtemps et, aujourd'hui encore, l'enlèvement d'A. Moro suscite de nombreuses controverses. En tous cas, il a clairement été reconnu que l'arsenal législatif de l'époque n'était pas apte à éviter une telle action terroriste. Selon les déclarations du chef de la police à l'époque de la détention d'A. Moro, au cours de la Commission parlementaire d'enquête sur son assassinat, « les structures publiques arrivèrent au rendez-vous fatal du 16 mars 1978, "sans yeux et sans oreilles" ». Pour de plus amples explications sur cette inadaptation, voir l'article de S. RODOTA, « La risposta dello Stato al terrorismo : gli apparati », in G. PASQUINO (a cura di), *La prova delle armi*, Bologne, Il Mulino, 1984, p. 77.

¹¹³ Article 630, aujourd'hui article 289bis du code pénal italien.

¹¹⁴ L'article 289bis du code pénal italien en vigueur aujourd'hui a exclu l'hypothèse d'extorsion pour retenir seulement la finalité de terrorisme ou de subversion de l'ordre démocratique.

publique » et rebaptisé « loi antiterroriste », introduit dans le code pénal deux nouvelles figures terroristes, les atteintes à la vie et l'association terroriste ¹¹⁵.

La formulation des actes susceptibles d'être qualifiés d'actes de terrorisme au sens du droit pénal italien s'est ainsi étoffée au fil des manifestations de terrorisme auxquelles le pays a été confronté, chaque action faisant l'objet d'articles distincts.

À l'inverse, les normes antiterroristes françaises et espagnoles ont immédiatement adopté une conception large des actes de terrorisme dans un article unique.

La première loi antiterroriste française, du 9 septembre 1986, a inséré à l'article 706-16 du code de procédure pénale un *concept de terrorisme* aux fins d'application de règles spécifiques ¹¹⁶, et non une infraction nouvelle, comme l'a clairement affirmé la Chambre criminelle de la Cour de cassation ¹¹⁷.

Cette approche a été retenue, car la définition d'une infraction autonome de terrorisme se révélait être une entreprise trop périlleuse pour un Gouvernement qui devait vite réagir. En effet, même si cette loi intervient douze ans après le premier attentat perpétré sur le sol français, au Drugstore Saint-Germain ¹¹⁸, elle trouve son fondement « dans la froide constatation statistique de l'augmentation des attentats et de l'émotion qu'ils suscitent » ¹¹⁹.

Pour ajouter à la difficulté du contexte, l'adoption de la loi du 9 septembre 1986 a été précédée d'un débat politique intense, qui prend sa source dans la discussion de la loi du 4 août 1981, portant suppression de la Cour de sûreté de l'État. Les rapports parlementaires sur la loi de 1986 illustrent bien la polémique entre la majorité et l'opposition de l'époque. Cette dernière avait toujours considéré que l'abolition de cette juridiction – contestée depuis fort longtemps sur le

¹¹⁵ L'article 2 du texte est rédigé comme suit. « Quiconque, à des fins terroristes ou de subversion de l'ordre démocratique, porte atteinte à la vie ou l'intégrité d'une personne [...] » Il deviendra l'article 280 du code pénal italien. L'article 3, quant à lui, prévoit la répression de « quiconque fait la promotion, constitue, dirige ou organise des associations qui se proposent de réaliser des actes de violence à des fins de subversion de l'ordre démocratique » ; il deviendra l'article 270*bis* du code pénal italien.

¹¹⁶ L'article 1^{er} de la loi du 9 septembre 1986 introduisait un nouveau Titre XV dans le livre IV du code de procédure pénale, intitulé « *Des infractions en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* », Titre aujourd'hui intitulé « De la poursuite, de l'instruction et du jugement des actes de terrorisme ».

¹¹⁷ « *L'article 706-16 CPP n'institue pas de nouvelles incriminations, mais désigne les infractions qui, lorsqu'il est constaté qu'elles sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, seront poursuivies, instruites et jugées selon* » des règles particulières, Crim. 7 mai 1987, B.C., n° 186, R.S.C., 1987, p. 625 et s..

¹¹⁸ Le 15 septembre 1974, une bombe explose au Drugstore faisant 2 morts et 34 blessés. V. la liste des attentats sur le sol français et à l'encontre de la France à l'étranger en Annexes.

¹¹⁹ R. OTTENHOF, « Le droit pénal français ... », art. cit., p. 608. Selon la liste d'attentats recensés par S.O.S. Attentats, pour la seule année 1986, on en recense douze sur le sol français et trois tentatives qui ne firent pas moins de 19 morts et 400 blessés environ.

principe – sans une nouvelle réponse aux problèmes qu'elle permettait de régler « revenait à créer un vide juridique dont les terroristes ne manqueraient pas de profiter ». Les faits allaient rapidement conforter cette idée : « En un an, de 1981 à 1982, le nombre des actes de terrorisme devait passer de 665 à 1 270, et celui des victimes de 64 à 311 »¹²⁰. Le terrorisme avait fini par être à la deuxième place des sondages sur les problèmes qui préoccupaient alors le plus les Français. Le terrorisme s'est ainsi invité dans la campagne législative de 1986, et a incité le nouveau Gouvernement à réagir. Le nouveau Premier ministre, J. CHIRAC, annonça lors de son discours de politique générale le 9 avril 1986, la volonté de son Gouvernement de relever le « défi du terrorisme »¹²¹. Le Gouvernement a voulu rompre avec la pratique de ses prédécesseurs, en légiférant et en introduisant des dispositions spécifiques au terrorisme, à la fois de fond et de procédure¹²².

Le texte de l'article 706-16 du code de procédure pénale français, tel qu'inséré par l'article 1^{er} de la loi du 9 septembre 1986¹²³, est rédigé comme suit : « *Lorsqu'elles sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, sont poursuivies, instruites et jugées selon les règles du présent code, sous réserve des dispositions du présent titre [...]* » Le texte se poursuit avec une longue énumération d'articles et de textes renvoyant à des infractions de droit commun, déjà réprimés ».

L'appréhension du terrorisme par le droit pénal français a ensuite évolué lorsque le nouveau code pénal de 1992 a érigé les agissements terroristes en infractions autonomes.

La formule de l'article 706-16 du code de procédure pénale a, en effet, été reprise à l'identique par l'article 421-1 du nouveau code pénal. La portée de ce changement a été considérable pour la perception des actes de terrorisme puisqu'elle « permet d'établir une *définition d'infractions terroristes* désormais autonomes, alors que précédemment elles n'étaient qu'un *critère* permettant de mieux fixer l'étendue des

¹²⁰ J-P. MARGUENAUD, « La qualification pénale des actes de terrorisme », R.S.C., 1990, p. 1 (l'auteur renvoie au rapport MASSON (*Doc. Sénat*, n° 322 (seconde session ordinaire de 1983-1984) p. 5 et s.) et aux interventions de Ph. SEGUIN et P. CLEMENT, à l'Assemblée nationale (*J.O. déb. Ass. nat.*, 18 juillet 1986, p. 248-255)).

¹²¹ J-P. MARGUENAUD, *Ibid.*, p. 2, qui renvoie au *J.O. déb. Ass. nat.*, 10 avril 1986, p. 90. Il ajoute que le Premier ministre considérait que la première mesure à mettre en œuvre pour relever ce défi était de créer « dans le code pénal (...) un crime de terrorisme ». Cette proposition, pourtant très séduisante, a dû être abandonnée.

¹²² J. PRADEL, « Les infractions de terrorisme ... », art. cit., p. 41. Cette dynamique a entraîné la ratification, un an plus tard, de la Convention européenne pour la répression du terrorisme, signée à Strasbourg le 27 janvier 1977, puis ratifiée et publiée par un décret n° 87-1024 du 21 décembre 1987 (L. n° 87-542 du 16 juillet 1987, autorisant la ratification de la Convention européenne pour la répression du terrorisme).

¹²³ Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986, relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, *J.O.*, 10 septembre 1986, 59194.

dispositions procédurales dérogatoires issues de la loi du 9 septembre 1986, ainsi que les peines renforcées applicables »¹²⁴.

La question de définir une nouvelle infraction était donc toujours en suspens depuis le texte de 1986. Les difficultés à appréhender cette définition n'ayant pas diminué, cette idée a été une nouvelle fois repoussée¹²⁵, si bien que la formulation de l'infraction de terrorisme dans l'article 421-1 du code pénal n'est, une fois encore, que la juxtaposition d'une série d'infractions déjà connues et d'un contexte spécifique de réalisation¹²⁶.

Finalement, « ce qui, en 1986, n'avait pu être considéré comme une définition satisfaisante de l'acte de terrorisme (sinon au plan procédural), est devenu [après la révision du code pénal] grâce à l'option législative et à l'intégration dans le nouveau code pénal, la base tout à fait acceptable d'une nouvelle incrimination »¹²⁷.

Les lois antiterroristes postérieures n'ont ainsi jamais changé la structure de l'infraction de terrorisme. Celle-ci est restée définie à l'article 421-1 du code pénal, qui énumère, aujourd'hui encore, le mobile de l'auteur, puis la liste des infractions susceptibles de véhiculer l'attentat.

En Espagne, la notion de délits de terrorisme a été délimitée par le législateur organique pour circonscrire le champ d'application des lois antiterroristes adoptées

¹²⁴ TH. S. RENOUX, « Juger le terrorisme ? », art. cit., p. 105. Les italiques sont dans le texte. L'auteur ajoute que cela représente « l'une des grandes avancées du nouveau code pénal initié par le Garde des sceaux, ministre de la justice, Robert Badinter ». M. Pradel souligne qu'en 1986, le mobile n'a pas été considéré comme une condition d'existence de l'infraction de terrorisme mais « seulement un élément déterminant le statut de l'infraction » (Droit pénal..., *op. cit.*, p. 282-283). Cela se justifiait par la démarche suivie par le législateur, consistant à établir une liste d'infractions existantes soumises à un statut particulier en fonction du but poursuivi par leur auteur dans l'unique dessein de voir appliquer des règles plus sévères. Il considère, à ce titre, comme originale la réforme de 1986, car elle constitue « le premier exemple d'une prise en considération du mobile à des fins étrangères à la structure de l'infraction. Au mobile classique, pris comme élément de l'infraction "au premier degré" [...], s'ajoute aujourd'hui [...] un mobile "au second degré" qui sert uniquement à déterminer le régime de certaines infractions, plus précisément le régime de l'acte de terrorisme ». V. J. PRADEL, « Les infractions de terrorisme ... », art. cit., p. 42.

¹²⁵ L'idée n'a, à vrai dire, même pas été évoquée explicitement. Elle était revenue dans les discussions, mais les avant-projets sont restés silencieux sur ce point. Une sorte de déni s'est installé sur le sujet : les difficultés d'appréhension du terrorisme étant toujours aussi importantes et le Conseil constitutionnel ayant approuvé la rédaction de l'article 706-16 du Code de procédure pénale dans sa décision n° 86-213 DC, le législateur s'est abstenu de s'aventurer sur ce délicat terrain de la définition globale de l'acte de terrorisme (M-E. CARTIER, « Le terrorisme dans le nouveau code pénal français », *R.S.C.*, 1995, p. 228).

¹²⁶ Les articles 421-1 à 421-5 ont été insérés dans un Titre II « Du terrorisme » par la loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et des délits contre la nation, l'État et la paix publique (Livre IV). Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994 avec l'ensemble des dispositions du nouveau code pénal (loi n° 93-913 du 19 juillet 1993).

¹²⁷ M-E. CARTIER, *Ibid.* L'auteur note ainsi que le législateur de 1992 s'est senti « plus ambitieux, sinon téméraire » en passant outre la déclaration du législateur de 1986, selon lequel le concept de terrorisme était juridiquement incertain. Il a ainsi pu être revendiqué « l'incrimination en tant qu'infractions pénales autonomes des actes de terrorisme qui, pour la première fois, font l'objet d'une définition légale inscrite dans le code pénal ou encore "la prise en compte de la réalité contemporaine que constitue le terrorisme en consacrant l'autonomie des infractions de terroristes" » (Rapport Colombet, *Ass. nat.*, p. 14).

sur la base de l'article 55-2 de la Constitution espagnole. Ce dernier mentionne les activités des « éléments terroristes », mais ne fournit aucune définition de l'expression. Il est donc revenu au législateur organique de la donner.

Ainsi, l'article 8 de la loi organique 9/1984 relative à la lutte contre les bandes armées et les éléments terroristes et relative à l'application de l'article 55-2 de la Constitution ¹²⁸, définit les délits de terrorisme en se basant sur une série d'infractions existantes (mentionnées à l'article 1^{er} de la loi), qui doivent être commises par une personne intégrée dans une organisation terroriste, par le biais de l'utilisation d'armes à feu, bombes, grenades, substances ou mécanismes explosifs ou moyens incendiaires de toute classe.

La loi organique 9/1984 a été approuvée par la nouvelle majorité socialiste (le Parti socialiste ouvrier espagnol (P.S.O.E.) et la « *Coalición popular* », constituée par l'*Alianza popular* et le *Partido democrata popular*, « pour bien lutter contre le terrorisme » ¹²⁹. Les attentats ne s'étaient guère atténués malgré la nouvelle Constitution et l'autonomie donnée aux Communautés autonomes. Le Gouvernement socialiste de Felipe Gonzales, au pouvoir depuis les élections d'octobre 1982, fut confronté au problème terroriste et adopta cette loi pour essayer de le résoudre.

Les articles 1^{er} et 8 de la loi organique 9/1984 reproduisent en grande partie l'article 1^{er} de la loi organique 11/1980, qui donnait déjà une définition des actes de terrorisme basée également sur le lien entre l'auteur de l'acte, une organisation terroriste et la réalisation de crimes et délits déjà réprimés ¹³⁰.

¹²⁸ Loi organique du 26 décembre 1984 (B.O.E. n° 3 du 3 janvier 1985). Elle n'est pas le premier texte antiterroriste adopté sous le régime de la Constitution actuelle, entrée en vigueur en 1978. Avant elle, on peut noter la loi organique 11/1980, sur laquelle nous reviendrons, et la loi 56/1978, rédigée et adoptée au moment même des débats constitutifs. Ce texte ne comprend cependant pas de définition des actes de terrorisme de manière expresse. Ce n'est qu'à travers son intitulé « mesures spéciales pour les délits de terrorisme commis par des groupes armés » que l'on sait que la liste des actions énumérées à son article 1^{er} pourront recevoir la qualification d'actes de terrorisme, car elles sont commises par des personnes appartenant à un groupe armé. Cette formulation, quelque peu ambiguë, explique que le passage d'une conception moyenne à une conception sévère des délits de terrorisme en droit espagnol est plus difficile à dater. Le pays ayant connu des attentats terroristes bien avant ses voisins européens, la vie particulièrement tourmentée qui s'en est suivie a plutôt incité les dirigeants à réagir par un mouvement de va-et-vient successifs entre les deux phases selon l'intensité des activités terroristes sur le territoire, et ce, bien avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution de 1978. Cependant, si l'on se réfère au régime actuel espagnol, le premier texte antiterroriste à adopter une attitude sévère envers ses actes fut la loi 56/1978 rapidement suivie par la loi organique 11/1980.

¹²⁹ V. J.-L. DE LA CUESTA, « La législation antiterroriste en Espagne », in G. DOUCET (dir.), *SOS ATTENTATS, Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calmann-Lévy, 2003, p. 265.

¹³⁰ On distingue en effet, dans les premiers articles de chacune de ces deux lois organiques, deux paragraphes. Le premier est consacré à la description de la nature de l'action réprimée par la loi et des rapports entre le délinquant et une organisation terroriste ; le second énumère une série d'infractions connues par lesquelles le mobile de l'auteur est censé se manifester.

Ces premières ébauches de définition des délits de terrorisme soulignent ainsi la juxtaposition d'actes constituant des crimes ou des délits, au sens du droit pénal espagnol, et du cadre spécifique dans lequel ces actes doivent être perpétrés, soit la participation à une organisation à vocation terroriste. Ces ébauches traduisent la violence des actions terroristes dont l'État espagnol avait été la cible. Elles seront ensuite reprises dans le code pénal de 1995, dans une section spécialement consacrée à ces délits, selon une présentation toutefois différente. Le législateur a, en effet, choisi de scinder la présentation des délits de terrorisme dans plusieurs articles du code pénal, chacun étant consacré à l'incrimination d'une des facettes de l'infraction.

Si la filiation entre les premières formulations espagnoles et françaises des actes de terrorisme a très tôt été mise en évidence ¹³¹, tous les législateurs ont progressivement adopté une approche identique des délits de terrorisme comme des infractions de droit commun commises dans un *contexte particulier* impliquant l'application de règles procédurales plus strictes. Ce *contexte particulier* devient alors le seul élément permettant de distinguer une infraction de droit commun d'un délit de terrorisme. Il correspond au mobile du délinquant terroriste et s'impose comme un élément à part entière de la définition des actes de terrorisme, ainsi structurée autour de deux éléments découlant de l'approche pragmatique du phénomène : l'élément matériel, représenté par la série d'infractions de droit commun, et l'élément finaliste, représenté par l'intention de l'auteur.

La définition des actes de terrorisme par le biais d'une structure binaire n'a jamais été fondamentalement remise en question par les législateurs. Le contenu de la définition a, quant à lui, progressivement évolué, afin d'adapter les normes antiterroristes à l'évolution de ses manifestations. La globalisation de la menace a, sans aucun doute, influencé la vision que les États se faisaient du phénomène, au point que toutes les définitions nationales des actes de terrorisme laissent entrevoir, aujourd'hui, de larges traits communs.

¹³¹ J. PRADEL, « Les infractions de terrorisme... », art. cit., p. 40-41. V. aussi G. VASSALI, « Les orientations actuelles de la politique criminelle italienne », *Archives de politique criminelle*, 1983, p. 171 et s.

§ 2 – L’homogénéité de l’appréhension législative du phénomène terroriste

La terminologie employée par les législateurs pour décrire chacun des éléments de la définition de l’infraction de terrorisme est diversifiée ¹³², si bien qu’aucune définition ne ressemble *totalement* à une autre. Cette variété réside essentiellement dans le soin que prend chaque législateur pour présenter la liste des infractions “support” de l’acte de terrorisme et le but poursuivi par les terroristes, qui est décrit avec une précision variable.

Pour autant, le contenu de l’infraction de terrorisme est globalement formulé de manière identique dans les textes internationaux, comme dans les ordonnancements espagnol, français et italien. La structure de l’infraction, dont la formulation tend à s’harmoniser entre les ordonnancements, lui confère un large spectre d’application qui reflète, à la fois, la dangerosité et la perversité du terrorisme pour tout État démocratique. Le contenu de l’infraction est ainsi toujours binaire, car il est composé d’un élément matériel (**A**) et d’un élément finaliste (**B**).

A. L’élément matériel de l’infraction de terrorisme

L’élément matériel est l’aspect objectif, ou concret, de l’infraction de terrorisme. Cet élément “matériel” est caractérisé par une action ou un comportement qui, soit constitue le moyen de réalisation de l’attentat, immédiatement visible et constatable par tous, soit en favorise la préparation ou la protection de ses auteurs en arrière-plan. Ces infractions symbolisent ou facilitent l’attentat et véhiculent le message que les terroristes veulent transmettre à la société. On les qualifie ainsi “d’infractions support”.

Malgré quelques nuances de présentation (1), le contenu de l’élément matériel est aujourd’hui quasiment identique dans tous les ordonnancements (2).

1) La présentation nuancée de l’élément matériel

L’élément matériel de la définition des actes de terrorisme regroupe toute une série d’actes répréhensibles, qui peuvent appartenir à deux catégories différentes : ces actes peuvent être soit des infractions déjà réprimées, par un code ou une loi en

¹³² P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 66 qui renvoie à L. BAUCCIO, *L’accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale. Aspetti teorici e pratici*, Milan, Giuffrè, 2005, p. 177-207.

vigueur¹³³, soit des infractions nouvelles, ou *ex-nihilo*, spécialement créées par le législateur, afin de réprimer un nouveau type de comportement terroriste.

Lorsque le législateur a choisi de présenter l'élément matériel au travers d'une série de comportements délictuels ou criminels existants, déjà réprimés par le droit pénal en vigueur dans l'ordonnancement, il s'y réfère en opérant un renvoi, plus ou moins explicite, à ces actes pour caractériser juridiquement l'élément matériel de l'infraction de terrorisme. Ainsi, certains textes font directement référence à un article de loi ou de code en vigueur pour donner une idée précise de l'acte "support" de l'infraction de terrorisme. D'autres textes, à l'inverse, se contentent de mentionner les actes par lesquels l'infraction de terrorisme se réalise de manière générique, sans autres détails.

À cette différence de précision du renvoi, s'ajoute une autre distinction relative à la présentation de l'élément matériel de l'infraction de terrorisme. Les formulations de l'incrimination terroriste laissent, en effet, entrevoir deux approches. L'élément matériel de l'infraction de terrorisme est ainsi, parfois, présenté de manière synthétique dans un article unique et il est, parfois, dispersé dans une série d'articles du code pénal. Ces deux approches ne sont pas exclusives l'une de l'autre, et se trouvent généralement combinées dans les codes pénaux.

En pratique, le législateur français regroupe dans un article unique la définition de l'acte de terrorisme, dès lors qu'un renvoi à des infractions existantes s'avère nécessaire. Les facettes d'un acte de terrorisme qui ne renvoient à aucune infraction existante se trouvent, en revanche, dans d'autres articles.

Les législateurs espagnol et italien ont, quant à eux, immédiatement morcelé l'incrimination de terrorisme dans plusieurs articles distincts destinés à définir un des aspects du phénomène, sans tenir compte des différents renvois effectués.

Le cas espagnol illustre bien l'absence d'exclusivité de l'approche de l'élément matériel de l'infraction. En effet, cette présentation "morcelée" des délits de terrorisme est apparue en Espagne, au moment de l'insertion de ces délits dans le nouveau code pénal de 1995, alors que les lois organiques antiterroristes antérieures envisageaient une présentation identique à celle du code pénal français.

Cette variété de présentation ne modifie en rien le champ d'application de l'incrimination de terrorisme dans chaque ordonnancement. Elle en impacte, en revanche, la lisibilité, car si tous les législateurs ont choisi la méthode du renvoi à des

¹³³ Les agissements, reconnus comme des infractions, qui revêtent une nature terroriste au regard de l'objectif poursuivi par leur auteur les fait parfois qualifier de « terrorisme dérivé » ou de « terrorisme d'emprunt » (v. TH. S. RENOUX, « Juger le terrorisme ? », art. cit., p. 106).

infractions existantes pour définir l'infraction de terrorisme, ils ne l'ont pas utilisée dans la même proportion.

Le législateur français a employé la méthode du renvoi, de manière principale, dans un article unique.

Cette méthode retenue, en 1986, par le législateur ¹³⁴ représentait la voie la plus simple pour définir le concept de terrorisme et la plus prudente pour poser les bases du régime dérogatoire antiterroriste ¹³⁵. C'est ainsi que l'article 706-16 du code de procédure pénale a énuméré l'ensemble des actes susceptibles de véhiculer l'attentat terroriste, afin de conditionner la mise en œuvre des règles spécifiques insérées dans le même code. Lorsque cet article a été transposé, quelques années plus tard, à l'article 421-1 du code pénal français, le législateur a conservé, d'une part, la présentation binaire de l'incrimination terroriste, d'autre part, la technique du renvoi pour délimiter son élément matériel et, enfin, le regroupement de l'ensemble de ces actes dans un seul article. En revanche, l'article 421-2, créé par la loi n° 92-686 ¹³⁶, qui insérait une nouvelle infraction de terrorisme dans le nouveau code pénal, n'utilisait pas la technique du renvoi.

Le renvoi opéré par le législateur français se signale par le fait qu'il a toujours été très précis. En effet, l'article 706-16 du code de procédure pénale citait les articles exacts du code pénal et des lois particulières qui punissaient, en tant qu'infractions de droit commun, certains actes de violence que le législateur considérait susceptibles de véhiculer un acte de terrorisme ¹³⁷. Ne renvoyant pas aux catégories d'infractions de droit commun visées par ces articles, la lisibilité de l'incrimination de terrorisme n'était néanmoins pas aisée. L'article 421-1 du code pénal a donc été conçu différemment pour pallier les conséquences de ce constat. Le législateur ne s'est pas contenté de citer des articles du code pénal ou de lois particulières pour énumérer les infractions "support" de l'acte de terrorisme. En effet, il cite les catégories d'infractions de droit commun de manière globale et

¹³⁴ Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, *J.O.*, 10 septembre 1986, 59194.

¹³⁵ J. Pradel estime que le législateur « n'avait pas à créer un délit nouveau », et rappelle que la pratique du renvoi "a déjà été utilisée en matière de crime contre l'humanité (« Les infractions de terrorisme... », art. cit., p. 42).

¹³⁶ Loi du 22 juillet 1992, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994 avec l'ensemble des dispositions du nouveau code pénal (loi n° 93-913 du 19 juillet 1993).

¹³⁷ L'article 706-16 du code de procédure pénale issu de la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 renvoie à une très longue liste d'infractions : « Lorsqu'elles sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, sont poursuivies, instruites et jugées selon les règles du présent code, sous réserve des dispositions du présent titre, les infractions définies par : 1° Les articles 257-3, 265, 295 à 298, 301, 303 à 305, 310, 311, [...] ».

renvoi, ensuite, à des livres ou à des séries d'articles du code pénal ou de lois ¹³⁸. Une double mention, aux types d'infractions visées et aux numéros des articles s'y référant, aurait permis à la présentation française de l'élément matériel d'être plus complète et de gagner en clarté. Aussi, lorsqu'il s'est agi d'actualiser l'incrimination de terrorisme ¹³⁹, le législateur a complété la liste de l'article 421-1 du code pénal, dès lors qu'un renvoi à une infraction existante était possible. À l'inverse, lorsque le renvoi était impossible, le législateur a inséré les articles 421-2-1 et 421-2-2 à la suite de l'article 421-1 du code pénal.

Le Conseil constitutionnel n'a pas remis en cause le principe même du renvoi lorsqu'il a examiné l'article 1^{er} de la loi du 9 septembre 1986, qui insérait l'article 706-16 dans le code de procédure pénale ¹⁴⁰. En repoussant le grief des requérants selon lequel cet article aurait méconnu le principe de légalité des délits et des peines ¹⁴¹, le juge constitutionnel français s'est référé à la méthode du renvoi à des infractions de droit commun existantes pour qualifier l'élément matériel de l'incrimination de terrorisme. Par là même, il l'a validée implicitement ¹⁴².

Dès 1986, l'élément matériel de l'infraction de terrorisme a donc recouvert un aspect synthétique puisque seul l'article 706-16 du code de procédure pénale énumère les actes de violence pouvant servir de support à l'attentat terroriste. L'aspect synthétique de l'élément matériel est encore maintenu aujourd'hui, et son contenu est toujours regroupé majoritairement au sein de l'article 421-1 du code pénal français.

¹³⁸ Article 421-1 du code pénal dans sa rédaction issue de la loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et des délits contre la nation, l'État et la paix publique : « Constituent des actes de terrorisme, lorsqu'elles sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, les infractions suivantes : 1° Les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, l'enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport, définis par le livre II du présent code ; [...] ».

¹³⁹ Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 ; Loi n. 98-468 du 17 juin 1998 ; Loi n. 2001-1062 du 15 novembre 2001 dite loi pour la sécurité quotidienne ; Loi n. 2003-239 du 18 mars 2003 dite loi pour la sécurité intérieure ; Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; Loi n° 2011-266 du 14 mars 2011 relative à la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs.

¹⁴⁰ *Cons. const.* n° 86-213 DC du 3 septembre 1986, cons. n° 5 et 6.

¹⁴¹ Les requérants ne reprochaient à la définition de l'infraction de terrorisme ni sa structure binaire, ni l'utilisation de la méthode du renvoi, mais la précision du renvoi aux infractions existantes.

¹⁴² Ainsi, aux considérants 5 et 6 de la décision, le Conseil constitutionnel déclare « Considérant que l'application des règles particulières posées par la loi tant en ce qui concerne la poursuite, l'instruction et le jugement qu'en ce qui a trait aux peines applicables est subordonnée à deux conditions : d'une part, que les faits considérés soient constitutifs de certaines infractions définies par le code pénal ou par des lois spéciales ; [...] la première condition fixée par la loi, *qui renvoie à des infractions qui sont elles-mêmes définies par le code pénal ou par des lois spéciales en termes suffisamment clairs et précis*, satisfait aux exigences du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines [...] ». C'est nous qui soulignons.

L'insertion de trois autres articles définissant les actes de terrorisme n'a pas altéré de manière substantielle la présentation condensée des actes de terrorisme. L'élément matériel dans le code pénal français est ainsi toujours caractérisé par une longue liste d'infractions de droit commun, auxquelles le législateur renvoie. À cette liste, sont venues s'ajouter trois autres actions susceptibles d'être qualifiées de terroristes ¹⁴³, sans que l'on puisse affirmer que la méthode du renvoi est réservée à la présentation des actes de terrorisme "classique", reflétant une violence caractérisée, et exclue pour celle des infractions de soutien aux activités terroristes, qui par elles-mêmes, ne sont pas violentes ¹⁴⁴.

La présentation actuelle des actes de terrorisme dans le code pénal français est finalement centrée sur l'utilisation ou la non-utilisation de la technique du renvoi.

À l'instar du code pénal français, les dispositions antiterroristes espagnoles sont regroupées dans un chapitre entier intitulé « Des organisations, des groupes terroristes et des délits de terrorisme » ¹⁴⁵. Pour autant, l'infraction de terrorisme est présentée de manière fractionnée, dans une série d'articles. L'élément matériel est présenté aussi bien sur la base du renvoi, plus ou moins précis, à des infractions déjà réprimées, qu'à travers la formulation spécifique d'actions ou de comportements répréhensibles.

Lorsque le législateur espagnol utilise la technique du renvoi, on constate deux degrés de précision. Parfois, le législateur mentionne le type d'infractions et les numéros des articles du code pénal relatifs à ces infractions de droit commun, afin d'opérer un renvoi précis qui offre une idée relativement claire de l'acte "support" de l'acte terroriste ¹⁴⁶. D'autres fois, il se contente de faire référence à des catégories d'infractions, sans préciser les articles du code pénal ou des lois qui les répriment. Il donne alors un aspect beaucoup plus flou à l'élément matériel, car de nombreuses actions peuvent entrer dans le champ d'application des infractions citées ¹⁴⁷.

¹⁴³ Le bio terrorisme ou terrorisme écologique (art. 421-2) ; la participation à une association de malfaiteurs (art. 421-2-1) ; et le financement d'une entreprise terroriste (art. 421-2-2).

¹⁴⁴ Les actes de blanchiment d'argent, les infractions informatiques ou les délits d'initié (art 421-1 c pén.).

¹⁴⁵ Depuis la réforme du code pénal opérée par la loi organique 5/2010 du 22 juin, il s'agit du Chapitre VII du Titre XXII « Délits contre l'ordre public » du Livre II « Des délits et des peines ». Dans l'ancienne version du code pénal, entrée en vigueur en 1995, les mesures antiterroristes étaient déjà regroupées dans une section intitulée « Des délits de terrorisme » d'un chapitre V, « De la détention, du trafic et du dépôt, d'armes, de munitions ou d'explosifs et des délits de terrorisme », du Titre XXII qui a conservé le même intitulé.

¹⁴⁶ L'article 572-1 du code pénal espagnol fait référence aux délits de dégradations et d'incendies mentionnés aux articles 346 et 351 du code pénal ; l'article 572-2, 2°) punit les atteintes à la personne par des lésions prévues aux articles 149 et 150 du code pénal ; l'article 577 réprime les lésions prévues aux articles 147 à 150 du code pénal et les dommages cités aux articles 263 à 266, 323 et 560 du code pénal espagnol.

¹⁴⁷ Entre autres nous pouvons citer les 1°) et 3°) de l'article 572-2, qui répriment les atteintes à la personne pouvant causer la mort et les atteintes à la personne entraînant toute autre lésion (par opposition au 2° du

La variation de précision se constate au sein d'un même article sans qu'il soit alors possible de comprendre le choix opéré par le législateur espagnol ¹⁴⁸. Il est cependant clair que le renvoi est utilisé pour définir les délits de terrorisme que l'on peut qualifier de "principaux", dans le sens où tous reflètent un certain niveau de violence dans leur expression et caractérisent les modes de réalisation "classiques" d'un attentat.

Le législateur espagnol a, dans un second temps, formulé des délits "spécifiques" de terrorisme pour décrire les infractions "de soutien" aux actes de terrorisme. Autrement dit tous les actes qui peuvent favoriser la perpétration d'un attentat et protéger ses auteurs. Aucun renvoi n'apparaît ainsi dans les articles punissant le financement des groupes terroristes (article 575 et 576*bis*), la collaboration aux activités d'un groupe terroriste (article 576), l'apologie des actes de terrorisme et de leurs auteurs (article 578) ainsi que la provocation de commettre des actes de terrorisme (article 579).

Cette approche différenciée des délits de terrorisme n'est pas apparue dans le code pénal entré en vigueur en 1995, car les lois organiques relatives à la lutte contre le terrorisme, adoptées antérieurement le faisaient déjà ¹⁴⁹.

De son côté, le législateur italien a lui aussi utilisé la méthode du renvoi pour présenter l'élément matériel de l'infraction de terrorisme. Cette technique du renvoi est utilisée en Italie dans le sens où le législateur fait référence aux actions par lesquelles l'attentat terroriste est susceptible de se réaliser. Il s'agit alors de références à des comportements répréhensibles dont la formulation reste très générale. En effet, le législateur italien n'apporte aucune précision sur la nature de l'action "support" de l'acte de terrorisme, si bien qu'au-delà de la perception normale de la nature délictuelle de cette action, la lecture des articles du code pénal italien ne permet pas de savoir précisément quels sont les articles réprimant ces

même article qui cite les lésions prévues aux articles 149 et 150 du code pénal) ou le fait de détenir, menacer ou contraindre une personne ; l'article 573 cite les délits relatifs au dépôt d'armes ou de munitions ou à la détention ou au dépôt de substances ou appareils explosifs, inflammables, incendiaires ou asphyxiants, ou de ses composants, ainsi que la fabrication, le trafic, le transport ou l'approvisionnement sous toute forme et la simple mise à disposition ou l'emploi de telles substances ou des moyens ou artifices adéquats ; l'article 574 fait quant à lui référence à toute autre infraction pouvant être commises dans un but de terrorisme.

¹⁴⁸ V. notamment les trois paragraphes de l'article 572 du code pénal espagnol.

¹⁴⁹ V. la loi organique 9/1984. La loi 56/1978 et la loi organique 11/1980 n'envisageaient la définition des délits de terrorisme qu'aux fins de délimiter le champ d'application de leurs dispositions. Elles n'évoquaient que les actes de terrorisme reflétant une violence caractérisée, en opérant un renvoi général à des catégories d'infractions classiques, naturellement réprimées par les normes en vigueur ((délits contre la vie et l'intégrité physique ; de menaces et d'extorsion ; délits relatifs aux armes et explosifs).

actions¹⁵⁰. L'absence de référence directe à d'autres articles prive ainsi encore l'élément matériel de clarté¹⁵¹.

De la même manière que l'ont fait ses homologues français et espagnols, le législateur italien a aussi formulé un certain nombre de délits de terrorisme sans renvoyer à des infractions de droit commun existantes. Il a ainsi créé des délits "spécifiques" pour incriminer les infractions de soutien aux actes de terrorisme, tels que l'assistance aux personnes appartenant à des organisations terroristes (article 270*ter*), l'enrôlement et l'entraînement à des fins d'activités terroristes (articles 270*quater* et 270*quinquies*). Cette seconde série d'incriminations n'a cependant été introduite dans le code pénal qu'après 2001.

En outre, le législateur italien ne présente pas l'élément matériel de l'infraction de terrorisme de manière concise. Là encore, les délits de terrorisme sont scindés dans une série d'articles réunis dans un Titre du code pénal relatif aux délits contre la personnalité de l'État¹⁵².

La présentation italienne se distingue donc des ordonnancements français et espagnol par un éparpillement relatif des articles réprimant les actes de terrorisme au sein même du Titre, selon que ces délits visent la personnalité internationale ou interne de l'État¹⁵³. Le fait que les articles réprimant les actes constitutifs de l'infraction de terrorisme ne se suivent pas rend ainsi la présentation de cette infraction, hachée.

Force est de constater les nuances qui existent dans les trois ordonnancements dans l'appréhension de l'élément matériel des actes de terrorisme. Toutefois, ces nuances s'effacent résolument lorsque l'on observe le contenu de cet élément qui est globalement uniforme.

¹⁵⁰ L'article 280 alinéa 1^{er} réprime le fait de porter atteinte à la vie ou à l'intégrité d'une personne et les alinéa 2 et 3 prévoient des peines aggravées si des lésions découlent de l'atteinte à l'intégrité d'une personne et si la mort survient après une atteinte à la vie ou à l'intégrité d'une personne ; l'article 280*bis* fait référence aux actions visant à endommager des biens mobiliers ou immobiliers d'autrui au moyen de dispositifs explosifs ou meurtriers ; l'article 289*bis* fait référence à la séquestration d'une personne.

¹⁵¹ Il faut souligner que l'alinéa 2 de l'article 280*bis* opère un renvoi explicite à l'article 585 du code pénal pour préciser la notion de « dispositifs explosifs ou meurtriers ». Cependant, cette précision n'apporte qu'un éclaircissement partiel de l'acte que le législateur italien souhaite réprimer. En effet, la précision ne vise que le moyen utilisé et non l'acte en lui-même autrement dit, le renvoi permet de savoir ce que l'on doit entendre par dispositifs explosifs ou meurtriers, mais on reste dans le doute quant à la nature des actes visant à endommager les biens mobiliers ou immobiliers d'autrui.

¹⁵² Ce Titre est le Titre 1^{er} du Livre II « Des délits particuliers » du code pénal italien.

¹⁵³ Dans le Chapitre sur les délits contre la personnalité internationale de l'État, on trouve les articles 270*bis* à 270*sexies*. Les articles 280, 280*bis* et 289*bis* sont insérés dans le chapitre sur les délits contre la personnalité interne de l'État du code pénal italien.

2) Le contenu globalement uniforme de l'élément matériel

Il est un fait que de nombreux actes peuvent constituer le “support” d'un attentat terroriste. Certains vont, en effet, constituer l'attentat terroriste en tant que tels, en manifestant une forme de violence très forte, de « particulière gravité », de « moyens cruels et perfides » ou encore de « danger commun »¹⁵⁴. Ils ont été les premiers à être incriminés dans les ordonnancements nationaux, alors que chaque État cherchait isolément une réponse au terrorisme. Ces actes représentent le “noyau dur” de l'élément matériel de l'acte de terrorisme. Il s'agit, par exemple, d'une violence explosive, dont l'objectif est de mettre une population en état de choc, afin d'immiscer un sentiment de danger dans la société tout entière et de diviser citoyens et politiques quant aux réponses à y donner¹⁵⁵.

Si la liste de ces actes a régulièrement été allongée, afin de mettre à jour les différents modes d'action des terroristes, elle n'a pas connu d'évolutions notables.

À l'inverse, d'autres actions peuvent constituer l'élément matériel d'un acte de terrorisme, en entretenant avec ce dernier un rapport plus indirect dans le sens où elles ne peuvent, en tant que telles, caractériser un attentat, mais où elles en favorisent la réalisation et la protection des auteurs.

En France, la doctrine pénaliste s'accorde pour qualifier ce type de comportements de « délits obstacles » ou « infractions obstacles »¹⁵⁶, dans le sens où ces agissements sont susceptibles de conduire à la commission d'une infraction. Le législateur cherche, dans ce cadre, à incriminer « une attitude dangereuse », ou « la simple éventualité d'un résultat perturbateur de l'ordre social »¹⁵⁷. Les législateurs n'ont pas immédiatement pris conscience de l'importance de telles actions dans la réussite des projets terroristes. Les premières réponses données au terrorisme ne leur accordaient donc pas une place prépondérante. La multiplication des attentats et leur étude a, cependant, permis de mettre en évidence combien ces actes facilitaient la perpétration des attaques terroristes.

Cette seconde catégorie n'a jamais cessé d'être complétée au fil des années, afin de mieux rendre compte de la variété des modes d'agissements des terroristes, au point d'être aujourd'hui considérablement étoffée.

¹⁵⁴ V. l'article 13 de la Convention européenne pour la répression du terrorisme, signée dans le cadre du Conseil de l'Europe, le 27 janvier 1977 et entrée en vigueur le 4 août 1978.

¹⁵⁵ Th. S. RENOUX, « Juger le terrorisme ? », art. cit., p. 104.

¹⁵⁶ M-E. CARTIER, « Le terrorisme... », art. cit., p. 230, J. PRADEL, « Les infractions... », art. cit., p. 42.

¹⁵⁷ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2^{ème} éd, Paris, Dalloz, 2002, p. 289.

La formulation des réponses législatives au terrorisme par l'Espagne, la France et l'Italie, au cours des années quatre-vingts a permis, à chacune d'entre elles, de s'influencer mutuellement.

Les premières rédactions de l'élément matériel de l'infraction de terrorisme laissaient déjà entrevoir de fortes similitudes entre les trois pays. Par ailleurs, leur appartenance à des organisations internationales qui se sont emparées, de manière assez active depuis quelques années, de la question terroriste, favorise l'harmonisation de la terminologie employée par chaque législateur. Les rares différences, qui résistaient au temps et rappelaient certains liens entre le terrorisme et chacun des Gouvernements, tendent donc à s'estomper.

La décision cadre adoptée par le Conseil de l'Union européenne, le 13 juin 2002, a amorcé un mouvement d'actualisation et d'uniformisation des législations antiterroristes nationales, dont elle constitue une synthèse des définitions. Elle a été rédigée sur la base des textes nationaux existants, afin de se servir de leur expérience, dans le but d'aider chaque État membre à fournir une réponse au terrorisme aussi élevée que celle de ses voisins.

L'article 1^{er} de la décision, relatif aux *Infractions terroristes et droits et principes fondamentaux*, adopte ainsi la structure binaire de la définition des infractions terroriste. Ce faisant, il envisage son élément finaliste sous trois formes consistant à :

« - gravement intimider une population ; - contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou ; - gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale ».

Au-delà de cet élément finaliste, le texte européen énumère en neuf lettres les types matériels d'infractions "supports" qui entrent dans son champ d'application, lorsqu'ils sont commis dans l'un des buts susmentionnés, à savoir :

« a) les atteintes contre la vie d'une personne pouvant entraîner la mort ;

b) les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne ;

c) l'enlèvement ou la prise d'otage ;

d) le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plate-forme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables ;

e) la capture d'aéronefs et de navires ou d'autres moyens de transport collectifs ou de marchandises ;

f) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport ou la fourniture ou l'utilisation d'armes à feu, d'explosifs, d'armes nucléaires, biologiques et chimiques ainsi que, pour les armes biologiques et chimiques, la recherche et le développement ;

g) la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines ;

h) la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines ;

i) la menace de réaliser l'un des comportements énumérés aux points a) à h) ».

L'ensemble de ces infractions supports se retrouvent ainsi, avec des formulations ou des structurations différentes, dans chacun des ordonnancements.

a. Les atteintes contre la vie d'une personne pouvant entraîner la mort sont ainsi inscrites dans la législation pénale des trois pays ¹⁵⁸. Mais les législateurs ont également veillé à sanctionner les atteintes à la vie pouvant entraîner la mort, même lorsqu'elles résultent d'actions à l'origine éloignées de ce but ¹⁵⁹. La volonté des législateurs de réprimer sévèrement toute action qui mettrait en danger la vie des individus est ainsi manifeste.

b. Les atteintes graves à l'intégrité physique des personnes font aussi l'objet d'une prise en considération importante, qui met en lumière la gradation de la sanction en fonction de la nature de l'atteinte et de ses conséquences.

L'alinéa premier de l'article 280 du code pénal italien réprime ainsi de manière lapidaire, quiconque porte atteinte à l'intégrité d'une personne. Et son alinéa 2 précise, par ailleurs, que la peine sera ajustée en fonction de la gravité de la lésion découlant de l'atteinte. Enfin, son alinéa 4 envisage même l'hypothèse d'une atteinte à l'intégrité d'une personne qui aurait pour conséquence la mort de cette personne.

En Espagne, l'article 572-2, 2°) du code pénal punit toute action qui cause des "lésions" à une personne. L'emploi de ce terme sous-entend que le législateur prévoit une peine pour toute action qui portera préjudice à l'intégrité d'une personne, même

¹⁵⁸ Le premier alinéa de l'article 280 du Code pénal italien punit de manière générale, quiconque porte atteinte à la vie d'une personne. Seul le quatrième alinéa de cet article mentionne précisément l'hypothèse de la mort découlant d'une atteinte à la vie. De même, l'article 572-2, 1) du Code pénal espagnol sanctionne l'atteinte aux personnes et prévoit une lourde peine de prison si elle entraîne la mort, et l'article 577, les homicides. Le code pénal français mentionne les atteintes volontaires à la vie telles que définies par le livre II du même code relatif aux atteintes aux personnes (les articles 221-1 et s. du Livre II répriment le meurtre simple et aggravé, l'assassinat et l'empoisonnement).

¹⁵⁹ V., les articles 346 et 351, auxquels renvoie l'article 571 du Code pénal espagnol, qui répriment les délits de dégradations de biens et d'incendies qui comportent un danger pour la vie des personnes ; les codes français (art. 224-2) et italien (art. 289*bis*) qui envisagent l'hypothèse dans laquelle la mort d'une personne surviendrait au cours ou après une séquestration et prévoient une aggravation des peines pour cette éventualité ; enfin, l'article 224-7 du Code pénal français relatif au détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport auquel l'article 421-1 renvoie, punit plus sévèrement cette infraction s'il en résulte la mort d'une ou plusieurs personnes.

s'il n'emploie pas directement le terme d'intégrité. L'esprit du texte est, néanmoins, le même dans le sens où, par un renvoi aux articles 149 et 150 du code pénal, le législateur précise le sens du mot "lésion" qui doit être compris comme le fait d'engendrer « par quelconque moyen ou procédé, [la] perte ou [l']infirmité d'un organe ou d'un membre principal ou d'un sens, l'impotence, la stérilité, une grave déformation ou une grave maladie somatique ou psychique, une mutilation génitale » (art. 149 C.P., les peines seront aggravées dès lors que la personne touchée est un mineur ou un incapable). De son côté, l'article 150 du code pénal est plus succinct et envisage la perte, l'infirmité ou la déformation d'un organe ou d'un membre non principal.

Enfin, l'article 421-1, 1° du code pénal français envisage les atteintes volontaires à l'intégrité d'une personne, par un renvoi au Livre II pour le détail des ces atteintes. Le chapitre II de ce dernier, précise que ces atteintes peuvent être d'ordre physique et psychique. Les atteintes à l'intégrité de la personne peuvent ainsi être la conséquence d'actes de tortures et de barbarie (art. 222-1-222-6), d'actes de violence (arts. 222-7 à 222-16) et de menaces de commettre un crime ou un délit (arts. 222-17 à 222-18-3). Pour chacune de ces catégories, le législateur a, là aussi, envisagé des peines aggravées dès lors que ces actes entraînent la mort d'une personne, une mutilation ou une infirmité permanente, lorsqu'ils sont commis sur certaines catégories d'individus (mineur, ascendant, personne "vulnérable"). Dans cet esprit de précision, le législateur a intégré à la catégorie des violences deux articles qui laissent entrevoir une conception très large de la notion. Les articles 222-15, 222-15-1 et 222-16 répriment l'administration de substances nuisibles qui porteraient atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, l'embuscade à l'encontre d'une personne appartenant aux forces de l'ordre et les appels téléphoniques malveillants réitérés ou les agressions sonores en vue de troubler la tranquillité publique. Le législateur français conçoit donc l'hypothèse dans laquelle un terroriste commettrait un attentat, dès lors qu'il remplit la condition finaliste que nous étudierons plus loin, en téléphonant de manière malveillante. La volonté de lutter contre le phénomène ne fait aucun doute devant un tel exemple, mais l'effectivité de l'infraction de terrorisme est plus discutable.

c. Les enlèvements ou les prises d'otages sont aussi envisagés dans les trois ordonnancements, avec une modulation des peines liée à l'issue de l'enlèvement de la personne.

Ainsi, l'article 289*bis* du code pénal italien réprime le "*sequestro*" d'une personne à des fins terroristes. Ce terme reçoit la double traduction d'"enlèvement" et de "séquestration"¹⁶⁰. L'article 289*bis* prévoit là encore des peines plus ou moins sévères en fonction de l'issue du *sequestro*. Lorsqu'il s'achève par la mort de la personne sans que celle-ci n'ait été voulue par le coupable, la peine de réclusion est de 30 ans. Elle est portée à la réclusion à perpétuité lorsque le coupable provoque la mort de la personne enlevée. La peine est réduite si un terroriste se dissocie des autres pour permettre la remise en liberté de la personne (2 à 8 ans de prison) ou si la mort de la

¹⁶⁰ Cet article a été inséré dans le code pénal italien suite à l'enlèvement et la détention du député Aldo Moro par les brigades rouges en 1978.

personne enlevée intervient après sa libération, mais en raison des conditions de sa séquestration (la peine peut varier de 8 à 18 ans de réclusion).

En Espagne aussi le code pénal espagnol réprime de manière distincte l'enlèvement d'une personne (art. 572-2 dans son 2^o) et la détention illégale d'une personne (au 3^o) ¹⁶¹.

Enfin, en France, l'article 421-1, 1^o du code pénal fait, de manière similaire, référence à la fois à l'enlèvement et à la séquestration d'une personne tels que définis au livre II du code, c'est-à-dire aux articles 224-1 à 224-5-2. L'article 224-1 traite néanmoins de l'infraction de manière globale. Il punit en effet le fait d'arrêter, d'enlever, de détenir ou de séquestrer une personne sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi. Les articles suivants prévoient des peines différentes en fonction des effets de la séquestration, à l'image de ce qui a été prévu par le code pénal italien.

Au-delà de cette approche générale des atteintes aux personnes, les législateurs espagnol et italien ont fait bénéficier certaines catégories de personnes d'une protection plus poussée contre les actes de terrorisme, qui sont alors réprimés plus lourdement. Il s'agit des personnes qui remplissent des fonctions particulières dans l'État et qui, à ce titre sont particulièrement exposées.

En Espagne, cette protection concerne les membres du gouvernement, des Conseils de gouvernement des communautés autonomes, du Congrès des députés, du Sénat ou des Assemblées législatives des Communautés autonomes, des Assemblées locales, du Conseil Général du Pouvoir judiciaire ou Magistrats du Tribunal constitutionnel et les membres des forces armées, des forces et corps de la sécurité de l'État, de la Police des communautés autonomes en Espagne et les personnes qui remplissent des fonctions judiciaires ou pénitentiaires ou celles qui concourent à l'exercice de la sécurité publique (articles 572-2, 3^o du code pénal espagnol. Voir l'article 280, alinéa 3, du code pénal italien qui est très similaire).

En France, cette protection n'est pas énoncée de la même façon dans le code pénal ¹⁶². On la retrouve à travers le mécanisme de renvoi dans une série d'articles du Livre II et qui protège de manière plus spécifique les personnes dépositaires de l'autorité étatique ¹⁶³. Mais, le code français va plus loin dans la liste des personnes à protéger, car, d'une part, il vise aussi d'autres catégories professionnelles non liées à l'exercice de l'autorité publique ¹⁶⁴ et, d'autre part, il protège des individus du fait de

¹⁶¹ V. également l'art 577 du code pénal espagnol à propos du terrorisme individuel.

¹⁶² Articles 221-4, 222-3, 222-8, 222-10, 222-12 et 222-13 du Livre II du code pénal.

¹⁶³ Magistrats, jurés, avocats, officiers publics ou ministériels, militaires de la gendarmerie nationale, fonctionnaires de la police nationale, des douanes, de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, sapeurs-pompiers professionnels ou volontaires et personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public dans l'exercice de ses fonctions ou de sa mission.

¹⁶⁴ Les gardiens assermentés d'immeubles ou de groupes d'immeubles ou les agents exerçant pour le compte d'un bailleur des fonctions de gardiennage ou de surveillance des immeubles à usage d'habitation, les agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageur ou toute autre personne chargée d'une mission de service public, ainsi que les professionnels de santé

leur nature ou de leur état¹⁶⁵, de leur choix de vie¹⁶⁶ ou, encore, un témoin, une victime ou une partie civile, dans le sens où ils peuvent être victime d'une infraction pour les empêcher de dénoncer les faits, de porter plainte ou de déposer en justice, ou enfin parce qu'ils ont déjà effectué une dénonciation, une plainte ou une déposition. Le législateur a, par ailleurs, souhaité faire bénéficier le conjoint, les ascendants et les descendants en ligne directe des personnes appartenant aux catégories professionnelles visées ou toute autre personne vivant habituellement à leur domicile, en raison des fonctions exercées par ces personnes bénéficiaires de cette protection spécifique.

La similitude entre les législations nationales existe donc au titre des professions protégées et des catégories d'infractions visées par cette protection. Pour autant, le détail fourni par le code français est certes intéressant en termes de protection, mais il laisse perplexe à deux niveaux. En effet, nous avons déjà souligné que cette protection ne figure pas explicitement dans les articles relatifs à la lutte contre le terrorisme, elle n'apparaît qu'à travers la technique du renvoi dans les articles réprimant les atteintes à la vie et à l'intégrité des personnes. Cette protection « par ricochet » ne pose pas de difficulté particulière par elle-même. Toutefois, la liste des personnes spécifiquement protégées par le législateur a été rédigée par rapport aux atteintes à la vie et à l'intégrité dont il faut tout particulièrement les préserver. Cette liste n'a donc pas été rédigée au regard de la lutte contre le terrorisme et ceci explique que l'on retrouve dans la liste française des catégories de personnes qui ne figurent pas dans les dispositions espagnoles et italiennes. De prime abord, on pourrait penser que les dispositions françaises offrent une protection élargie et souhaitable. Cependant, la mention de certaines catégories de personnes dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, comme les ascendants légitimes ou naturels, les personnes prises pour cible en raison de leur orientation sexuelle, peut nourrir un sentiment de confusion.

d. Les actes visés à la lettre *d* de la décision cadre concernent plus spécifiquement les biens et installations publiques ou privées, y compris les systèmes informatiques. Par ailleurs, il est là, encore, envisagé des conséquences sur les personnes, mais aussi des conséquences économiques. Dans le cadre des législations nationales les prescriptions de la décision cadre sont souvent abordées concomitamment pour ce qui concerne les infractions des lettres *d*, *f*, *g* et *h* relatives, d'une part, aux armes à feu, aux explosifs ou encore aux armes chimiques ou biologiques (*f*) et, d'autre part, à la libération de substances dangereuses, ou à la

¹⁶⁵ Mineurs de quinze ans, ascendants légitimes ou naturels ou parents adoptifs, conjoints ou concubins de la victime, personnes de particulière vulnérabilité en raison de leur âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse.

¹⁶⁶ Appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, l'orientation sexuelle de la victime.

provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions (g), et enfin à la perturbation ou à l'interruption de l'approvisionnement en eau, électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale. Les exemples sont donc ici plus hétérogènes :

Le troisième alinéa de l'article 280*bis* du code pénal italien dispose que la peine prévue pour les attaques contre les biens est aggravée si l'action est dirigée contre le siège du Président de la République, des Assemblées législatives, de la Cour constitutionnelle, des organes du Gouvernement ou de tout autre organe prévu par la Constitution ou une loi constitutionnelle. De même, le quatrième alinéa prévoit une aggravation de la peine si de l'attaque aux biens découle un danger pour la sécurité publique ou un grave dommage pour l'économie nationale. L'article 280*bis* sanctionne le fait d'endommager des biens mobiliers ou immobiliers, au moyen de dispositifs explosifs ou meurtriers. Son alinéa 2 précise qu'il faut entendre par dispositifs explosifs ou meurtriers, les armes et les matières assimilées comme telle indiquées à l'article 585 du code et capable de causer d'importants dommages matériels (les armes à feu et toutes les armes et instruments capables de porter atteinte aux personnes, pour lesquels la loi interdit le port permanent sans justification ainsi que les matières explosives et les gaz asphyxiants ou aveuglants).

L'article 572-1 du code pénal espagnol renvoie à ses articles 346 et 351 (sur les incendies) pour réprimer les attaques aux biens qualifiées de dégradations et d'incendies. L'article 346 vise ainsi les explosions ou l'utilisation de tout autre moyen de puissance destructrice, qui entraînent la destruction de certains édifices et ouvrages publics et des moyens de transport collectif, la perturbation des moyens de communication et des systèmes d'approvisionnement des énergies essentielles. Les édifices et ouvrages publics sont les aéroports, les ports, les gares, les bâtiments, les locaux publics, les dépôts qui contiennent des matières inflammables ou explosives, les voies de communication, l'explosion d'une mine ou d'une installation industrielle, le soulèvement des voies de chemin de fer, le changement malicieux des signes utilisé dans le service de celle-ci pour la sûreté des moyens de transport, l'explosion de pont et la destruction de la chaussée publique. Il cite, ensuite, de manière générale les moyens de transport collectifs et le fait d'immerger ou de saborder des navires et la perturbation grave de n'importe quelle classe ou moyen de communication, ainsi que la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement d'eau, d'électricité ou d'une autre ressource naturelle fondamentale. Le législateur espagnol souligne dans ces articles que ces actions contre les biens seront réprimées, dès lors qu'elles comportent nécessairement un danger pour la vie ou l'intégrité des personnes.

Le code pénal français envisage la répression du terrorisme écologique à l'article 421-2 et la préservation des biens d'autrui, mobilier et immobilier, contre des attentats terroristes de manière élargie, en faisant référence, au 2° de l'article 421-1, aux vols, extorsions, destructions, dégradations et détériorations tels que définis au Livre III du même code (Art. 311-1 à 311-13 pour le vol ; art. 312-1 à 312-9 pour les extorsions, art. 322-1 à 322-17 pour les destructions, dégradations et détériorations). L'énumération précise de ces catégories d'infractions par le législateur permet une délimitation assez claire des actes susceptibles de constituer une infraction de

terrorisme. En agissant ainsi, il a cependant exclu du champ d'incrimination de l'infraction de terrorisme de manière expresse, d'autres agissements, incriminés dans le Livre III ¹⁶⁷.

En ce qui concerne les explosifs (lettre *f* de la décision cadre européenne), le législateur français réprime de manière expresse cette activité au 4° de l'article 421-1 du code pénal alors qu'il n'envisage pas de manière aussi directe les attaques à l'explosif comme nous avons pu le souligner. Il opère un renvoi à plusieurs articles du code de la défense relatifs aux infractions en matières d'armes, de produits explosifs ou de matières nucléaires.

Dans le même esprit, sans toutefois atteindre la même précision, l'article 573 du code pénal espagnol réprime le dépôt d'armes ou de munitions, la détention ou le dépôt de substances ou appareils explosifs, inflammables, incendiaires ou asphyxiants, ou de ses composants, ainsi que sa fabrication, son trafic, son transport ou son approvisionnement sous toute forme et la simple mise à disposition ou l'emploi de telles substances ou des moyens ou artifices adéquats. Le texte précise que ces délits seront punis du moment qu'ils sont commis par ceux qui appartiennent, agissent au service ou collaborent avec des organisations ou des groupes terroristes décrits dans les articles antérieurs. Ces mêmes actions sont réprimées par l'article 577 du code pénal espagnol qui vise le terrorisme individuel.

e. L'article 421-1, 1° du code pénal français envisage le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport tel que définis au Livre II (Section spécifique, cf. arts. 224-6 et s.).

Le législateur français a voulu réprimer le fait de s'emparer ou de prendre contrôle d'un aéronef, d'un navire ou de tout autre moyen de transport, à bord desquels des personnes ont pris place, mais aussi le fait de s'emparer d'une plateforme fixe située sur le plateau continental lorsque cette action est accomplie avec violence ou menace de violence, lorsqu'elle s'accompagne de tortures ou d'actes de barbarie et lorsqu'elle a pour conséquence la mort d'une ou plusieurs personnes. Aussi, le fait de communiquer une fausse information selon laquelle une bombe avait été placée dans un avion dont les portes avaient été closes et qui était sur son axe de départ, ne constitue le délit prévu et réprimé par l'article 224-8 du code pénal français que s'il est justifié, comme l'exige le texte, que la sécurité de l'aéronef a été compromise. À défaut, ce fait constitue le délit prévu par l'article 308-1 du code pénal qui punit toute personne qui aura communiqué une information qu'elle savait être fausse, dans le but de faire croire à un attentat contre les personnes ou contre les biens qui serait punissable de peines criminelles (v. *Crim.* 24 février 1987 : voir note sous 224-8).

¹⁶⁷ Sur ce point, v. M-E. CARTIER, « Le terrorisme... », *art.cit.*, p. 230.

Outre ces actes que l'on peut résumer comme étant d'une « violence caractérisée », la décision cadre européenne et les législations nationales répriment plusieurs catégories de comportements susceptibles, cette fois-ci, de favoriser l'acte de terrorisme. Nous ne sommes plus dans la réalisation immédiate de l'attentat, mais dans sa préparation *a priori* ou sa couverture *a posteriori*.

Il en est ainsi des activités qui favoriseraient l'élaboration et le maintien de groupes terroristes que l'article 2 de la décision cadre prend en compte en incitant les États à adopter les mesures nécessaires pour rendre punissables la « direction d'un groupe terroriste » et « la participation aux activités d'un groupe terroriste » qui se concrétise par la fourniture d'informations ou de moyens matériels ¹⁶⁸, ou par toute forme de financement de ses activités ¹⁶⁹.

¹⁶⁸ En France, art. 421-2-1 c. pén. (« le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents » constitue un acte de terrorisme) ; art. 434-6 c. pén. (« Le fait de fournir à la personne auteur ou complice d'un crime ou d'un acte de terrorisme puni d'au moins dix ans d'emprisonnement un logement, un lieu de retraite, des subsides, des moyens d'existence ou tout autre moyen de la soustraire aux recherches ou à l'arrestation est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 € d'amende lorsque l'infraction est commise de manière habituelle. Sont exceptés des dispositions qui précèdent : 1° Les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice du crime ou de l'acte de terrorisme ; 2° Le conjoint de l'auteur ou du complice du crime ou de l'acte de terrorisme, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui »). En Italie, art. 270*bis* c. pén. (« quiconque fait la promotion, constitue, organise ou dirige » des associations poursuivant une finalité terroriste ou de subversion de l'ordre démocratique ») ; art. 270*ter* (incrimination de « l'assistance aux membres des associations terroristes qui se caractérise par le fait d'héberger les membres, leur procurer des vivres, des moyens de transport, des instruments de communication »). En Espagne, art. 576-1 c. pén. (est puni « celui qui réalise, obtient ou facilite un quelconque acte de collaboration en faveur des activités ou des finalités d'une organisation ou d'un groupe terroriste ») ; art. 576-2 (énumération des actes de collaboration : recherche d'information ou surveillance des personnes, des biens ou des installations, de la construction d'aménagements, de logements et toute autre forme équivalente de coopération, d'aide ou de médiation, économique ou de toute autre nature).

¹⁶⁹ L'article 421-2-2 du code pénal français qualifie d'acte de terrorisme « le fait de financer une entreprise terroriste en fournissant, en réunissant ou en gérant des fonds, des valeurs ou des biens quelconques ou en donnant des conseils à cette fin, dans l'intention de voir ces fonds, valeurs ou biens utilisés ou en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés, en tout ou en partie, en vue de commettre l'un quelconque des actes de terrorisme prévus au présent chapitre, indépendamment de la survenance éventuelle de l'acte ». L'insertion de cet article dans le code pénal français résulte de l'article 33 de la loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne. Ce dernier a aussi introduit à l'article 421-1 du code pénal français les infractions de blanchiment (avec un renvoi au chapitre IV du livre III du code pénal) et les délits d'initié (avec un renvoi à l'art. L. 465-1 du code monétaire et financier). Ces deux dernières infractions sont dès lors des infractions « support » de l'acte de terrorisme. L'insertion de ces infractions au titre des actes de terrorisme, dans le code pénal, permet de faire un lien entre ce même code, le code de procédure pénale et la Convention de New York de 2000 – rédigée dans le cadre des Nations-unies – pour la répression du financement du terrorisme. Elle intervient concrètement au lendemain des attentats de septembre 2001 qui ont souligné combien le démantèlement des réseaux financiers des terroristes devait être un des nerfs de la lutte antiterroriste. L'article 575 du code pénal espagnol réprime les infractions patrimoniales destinées à financer des groupes terroristes ou à appuyer leurs causes. Cette incrimination est une des innovations principales du code pénal de 1995. Elle se caractérise par la volonté de sanctionner toute action qui aurait pour objectif de fournir des fonds aux groupes terroristes. Elle se distingue néanmoins de l'infraction qui sanctionne l'exigence du paiement de « l'impôt révolutionnaire » qui relève des menaces conditionnelles prévues à l'article 572-2, 3° du code pénal espagnol (V. A. ASUA BATARRITA, M. ALAVAREZ VIZCAYA, « La répression du terrorisme en Espagne », *Archives de politique criminelle*, 2006, n° 28, p. 231-232). Le législateur

De même, l'article 3 de la décision cadre de l'Union européenne envisage la répression d'infractions liées aux activités terroristes telles que le vol aggravé ¹⁷⁰ et le chantage – commis en vue de réaliser un des comportements énumérés à l'article 1^{er}, paragraphe 1, du texte – et l'établissement de faux documents administratifs ¹⁷¹ en vue de réaliser l'un des comportements énumérés également à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points a) à h) ainsi qu'à l'article 2, paragraphe 2, de la décision cadre. L'article 3 de la décision cadre a été modifié en 2008 ¹⁷², afin d'insérer, parmi les infractions liées aux activités terroristes, trois nouvelles hypothèses :

La provocation publique à commettre une infraction terroriste équivaut à « la diffusion ou tout autre forme de mise à la disposition du public d'un message, avec l'intention d'inciter à la commission d'une des infractions énumérées à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points a) à h), lorsqu'un tel comportement, qu'il préconise directement ou non la commission d'infractions terroristes, crée le risque qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises ».

Le recrutement pour le terrorisme correspond au « fait de solliciter une autre personne pour commettre l'une des infractions énumérées à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points a) à h), ou à l'article 2, paragraphe 2 ».

Enfin, *l'entraînement pour le terrorisme* consiste à « fournir des instructions pour la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes à feu, d'autres armes ou de substances nocives ou dangereuses, ou pour d'autres méthodes ou techniques spécifiques, aux fins de commettre l'une des infractions mentionnées à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points a) à h), en sachant que la formation dispensée a pour but de servir la réalisation d'un tel objectif ».

La précision avec laquelle ces nouvelles dispositions ont été rédigées manifeste un haut degré d'analyse des pratiques des terroristes sur l'ensemble de la planète, même si les législations nationales n'ont pas toutes intégré ces nouvelles dispositions ¹⁷³.

italien quant à lui incrimine à l'article 270^{bis} du code pénal, d'une manière simple et générale, quiconque finance une association qui a pour objectif de réaliser des actes de violence à des fins terroristes ou de subversion de l'ordre démocratique. L'insertion de cette facette de la participation à une organisation terroriste a été opérée par le décret-loi n° 374 du 18 octobre 2001 (converti par la loi n° 438 du 15 décembre 2001).

¹⁷⁰ Art. 421-1, 2°) c. pén. français : les vols, tels que définis au Livre III du code pénal, peuvent constituer l'élément matériel d'un acte de terrorisme.

¹⁷¹ Art. 421-1, 3°) c. pén. français : élaboration de faux documents et leur utilisation.

¹⁷² Décision cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme, *JOUE*, 9 décembre 2008, L 330/21.

¹⁷³ Le code pénal français n'a pas encore été modifié pour recevoir le texte européen. Le législateur italien avait déjà inséré de nouvelles dispositions dans le code pénal, par le décret-loi n° 144 du 27 juillet 2005, converti par la loi n° 155 du 31 juillet 2005, afin de renforcer l'arsenal antiterroriste. Si les articles 270^{quater} et 270 ^{quinquies} du code pénal italien ne correspondent pas parfaitement aux nouvelles prévisions de la décision-cadre, leur rédaction s'en rapproche fortement. Une loi organique est venue modifier le code pénal espagnol en juin 2010, afin d'actualiser les dispositions relatives aux délits de terrorisme. Elle possède la particularité d'être la première norme antiterroriste à avoir été adoptée en Espagne depuis les attentats de

Enfin, l'article 4 de la décision cadre invite les États membres à prendre les mesures nécessaires pour punir la complicité, l'incitation à commettre et la tentative de commettre plusieurs des infractions visées par les articles 1^{er} et 3 du texte ¹⁷⁴.

Tel qu'il ressort de la décision-cadre européenne, l'élément matériel de l'infraction de terrorisme correspond à celui défini au fil des années par les ordonnancements nationaux. Cette conformité se justifie par le fait que le texte européen a, en toute logique, été rédigé sur la base des normes antiterroristes nationales. Un mouvement d'influence réciproque se met ainsi en place. Après que les législations nationales ont contribué à l'émergence d'une réponse européenne contre le terrorisme, cette dernière apporte aujourd'hui aux outils nationaux les éléments qui leur manquaient pour parfaire cette lutte.

On notera cependant quelques spécificités récurrentes dans chaque ordonnancement, qui illustrent le rapport singulier que chaque État a pu entretenir avec le terrorisme.

Ainsi, le droit espagnol punit ceux qui font l'apologie d'un acte de terrorisme ou de ceux qui le commettent ¹⁷⁵ ; les codes pénaux espagnol et italien protègent certaines catégories de personnes ou de biens de manière spécifique ¹⁷⁶ ; le code pénal français envisage, enfin, que les infractions en matière informatique ¹⁷⁷ et en matière de groupes de combats et de mouvements dissous ¹⁷⁸ peuvent devenir des actes de terrorisme si leurs auteurs les commettent en suivant un objectif précis.

Ces caractéristiques peuvent en pratique être englobées dans les intitulés relativement larges du texte européen. Elles n'en demeurent pas moins les derniers symboles des identités nationales et des facettes des manifestations multiples du terrorisme. L'élément matériel se compose de multiples facettes, parmi lesquelles la violence est certes un critère essentiel de l'action terroriste sans en être, cependant, le critère exclusif, car d'autres comportements, moins violents et connexes, sont également susceptibles de devenir des actes de terrorisme.

2001. La loi organique 5/2010 a ajouté un alinéa à l'article 579-1 pour intégrer le délit de provocation publique (qui se distingue de l'apologie de l'article 578) et un § 3 à l'article 576, afin de réprimer le recrutement et l'entraînement à des fins de terrorisme au sens de la décision-cadre européenne.

¹⁷⁴ L'article 4 vise des infractions différentes pour chacune de ses actions. Ainsi il précise « le fait de se rendre complice » d'une des infractions visées dans le texte (article 1^{er}, §1 et art. 2 et 3) », « le fait d'inciter à commettre une infraction visée à l'article 1^{er}, §1 à l'art 2 ou à l'art 3 §2 points d) à f) », « le fait de tenter de commettre une infraction visée à l'article 1^{er} §1, art 3 §2 points d) à f), à l'exclusion de la possession prévue à l'article 1^{er} § 1, point f) et de l'infraction visée à l'art 1^{er} § 1 point i) », « le fait de tenter de commettre une infraction visée à l'art 3 § 2 points b) et c) ».

¹⁷⁵ Article 578 du code pénal espagnol.

¹⁷⁶ V. respectivement les articles 572-2 du CPE et 280*bis* du code pénal italien.

¹⁷⁷ V. art. 421-1, 3°) c. pén. français qui renvoie aux infractions définies par le Livre III du code.

¹⁷⁸ V. art. 421-1, 4°) c. pén. français qui cite les articles 431-13 à 431-17 du code.

Ces caractéristiques confèrent à l'élément matériel un champ d'application très vaste qui soulève de vives questions quant à la délimitation exacte de ce premier élément de l'infraction, notamment lorsque l'on sait que le second élément, le critère finaliste, comporte lui aussi, de manière inhérente, une dose d'imprécision suffisante pour élargir substantiellement le champ de l'incrimination terroriste.

B. L'élément finaliste de l'infraction de terrorisme

Au premier élément matériel ou objectif de l'incrimination de terrorisme vient se greffer un second élément de nature *téléologique* ou *subjectif*¹⁷⁹, qui correspond au but que poursuivent les auteurs des actes de terrorisme.

Dans la mesure où les infractions *supports* de l'acte de terrorisme sont, généralement, des infractions de droit commun, qui préexistent à l'acte de terrorisme et qui ont, en ce sens, une existence autonome, l'ensemble des formulations de l'infraction de terrorisme accorde une place centrale au but du délinquant terroriste. Les terroristes agissent, en effet, toujours dans un but déterminé. Leur action est guidée par la volonté de transmettre un message, que ce soit à un pouvoir politique en place, à l'ensemble d'un pays ou à un groupe de pays. C'est pourquoi le seul élément matériel ne saurait suffire à qualifier l'infraction de terrorisme.

Si l'intention des législateurs est identique – tous veulent décrire au mieux les intentions des terroristes, car seule la finalité permettra de distinguer une infraction de droit commun d'une infraction de terrorisme – l'exposé des objectifs terroristes est, toutefois, plus ou moins explicite selon les codes pénaux.

La décision-cadre adoptée par le Conseil de l'Union européenne le 13 juin 2002 se démarque nettement des ordonnancements nationaux, en proposant une formulation assez complète, de la finalité terroriste. L'effectivité de cette formulation se trouve cependant nuancée en pratique.

Pour le code pénal français, un acte est qualifié d'acte de terrorisme lorsqu'il est commis dans le « but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur »¹⁸⁰.

Pour le droit espagnol, les terroristes, qu'ils agissent dans le cadre d'un groupe ou d'une organisation ou de manière individuelle, ont pour finalité ou pour

¹⁷⁹ Et parfois « de tendance », selon les professeurs A. ASUA BATARRITA et M. ALAVAREZ VIZCAYA, « La répression... », art. cit., p. 218.

¹⁸⁰ Articles 421-1 et 421-2 du code pénal français.

objectif de « perturber l'ordre constitutionnel ou d'altérer gravement la paix publique »¹⁸¹.

Le code pénal italien est celui qui formule l'élément finaliste de la manière la plus lapidaire qu'il soit. Les premiers articles à avoir été intégrés dans ce code mentionnent que les actes doivent être commis « à des fins terroristes ou de subversion de l'ordre démocratique »¹⁸², ou plus simplement, « à des fins de terrorisme »¹⁸³ pour en recevoir la qualification.

Une révision des dispositions antiterroristes, en 2005, est toutefois venue expliciter la finalité terroriste en se calquant sur les dispositions de la décision-cadre européenne du 13 juin 2002. Le décret-loi n° 144 du 27 juillet 2005, « Mesures urgentes pour lutter contre le terrorisme international », a ainsi inséré plusieurs articles dans le code pénal, élargissant considérablement la notion d'infraction de terrorisme. Parmi ces articles, deux d'entre eux adoptent une formule toute aussi concise que leurs prédécesseurs : les actes doivent être réalisés « dans une finalité de terrorisme »¹⁸⁴.

En revanche, un troisième article se concentre exclusivement sur la finalité de terrorisme : en vertu de l'article 270*sexies*, la finalité terroriste revient à vouloir « porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale et [...] intimider la population ou [...] contraindre les pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, ou déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques et sociales d'un pays ou d'une organisation internationale [...] ». La précision de la rédaction de cette disposition crée un véritable contraste avec les autres articles relatifs aux délits de terrorisme du code pénal italien, en fournissant une finalité beaucoup plus détaillée. Il n'est pourtant pas encore certain que celle-ci sera plus facile d'application au vu de la variété des situations qu'elle peut embrasser¹⁸⁵, comme nous le constaterons plus avant.

On retrouve ainsi, dans les diverses formulations de l'élément finaliste, la même préoccupation des législateurs nationaux de protéger l'ordre étatique en place et la population. Que l'ordre protégé soit « constitutionnel » pour l'Espagne,

¹⁸¹ Selon l'article 571-3 et 577 du code pénal espagnol.

¹⁸² Article 280 et 289*bis* du code pénal italien.

¹⁸³ Article 280*bis* du code pénal italien.

¹⁸⁴ Articles 270*quater* et 270*quinquies* du code pénal italien.

¹⁸⁵ V. en particulier l'étude détaillée de cette finalité, réalisée par A. MARTINI, « La nuova definizione di terrorismo : il D.L. n. 144 del 2005 come convertito con modificazioni in L. 31 luglio 2005, n. 155 », *Studium Iuris*, 2006, n° 11, p. 1217-1230.

« public » pour la France ou « démocratique » pour l'Italie, l'idée est de le préserver contre toute « perturbation », tout « trouble » ou « mouvements subversifs ».

Chaque législateur apporte ensuite une précision plus ou moins originale. Ainsi, la répression de l'altération grave de la paix publique, pour le code pénal espagnol, ne fait que renforcer l'idée que l'infraction de terrorisme tend à éviter tout mouvement insurrectionnel, qui viendrait rompre avec la tranquillité liée à l'exercice démocratique du pouvoir. Le législateur français a, quant à lui, cru bon de préciser que l'intimidation et la terreur étaient les moyens susceptibles de troubler gravement l'ordre public. En revanche, le législateur italien n'apporte aucune précision et a véritablement opté pour une formule synthétique, du moins jusqu'à ce qu'il intègre la formulation de la décision-cadre européenne.

En effet, le parallélisme entre l'article 270^{sexies} italien et l'article 1^{er} de la décision cadre ne fait aucun doute. L'article 270^{sexies} se borne à retranscrire, à quelques variations près, les finalités qui étaient mentionnées à l'article 1^{er} du texte du Conseil de l'Union.

La formulation du paragraphe 1 de l'article 1^{er} de la décision-cadre européenne¹⁸⁶ explicite les formules de l'élément finaliste, de manière plutôt générique, retenues pas les législateurs nationaux.

Ainsi, la finalité terroriste se résume par l'un de ces trois objectifs alternatifs :

- la volonté de gravement intimider une population (1),
- contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque (2),
- gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale (3).

À l'instar de l'Italie, cette manière d'appréhender la finalité terroriste devrait progressivement être adoptée par l'ensemble des pays, membres de l'Union européenne, parmi lesquels, la France et l'Espagne.

La décision-cadre du 13 juin 2002 a précisément été adoptée par le Conseil de l'Union européenne pour harmoniser les législations des États membres en matière de lutte contre le terrorisme en incitant, d'une part, les pays qui étaient restés silencieux face au phénomène terroriste à édicter une norme visant à contribuer à sa lutte et, d'autre part, en fixant un cadre de définition auquel les

¹⁸⁶ La décision-cadre énumère ainsi neuf types d'actes intentionnels « tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national », qui deviennent terroristes dès lors que, « par leur nature ou leur contexte », l'auteur les commet en poursuivant l'un des trois objectifs cités.

législateurs nationaux devraient se conformer. Il s'agit ainsi de contribuer à l'effacement progressif de la variété constatée et à une uniformité souhaitable en termes de lisibilité et de clarté de l'infraction.

La décision-cadre est tout de même le premier texte international à définir l'acte terroriste, car avant lui, les nombreux textes existant en la matière se bornaient à incriminer les actes de terrorisme sur le fondement d'autres incriminations¹⁸⁷. Par ailleurs, elle constitue une avancée notable parce qu'elle est le premier texte international à donner une définition à l'acte terroriste par rapport au but poursuivi par l'auteur¹⁸⁸.

Constance Grewe et Renée Koering-Joulin¹⁸⁹ y voient un double apport. D'une part, la décision-cadre abandonne la référence à la terreur qui crée une tautologie, qui n'est pas spécifique au terrorisme et qui est un « moyen privilégié, individuel ou collectif, de la violence terroriste et non [...] son but ». D'autre part, la définition européenne restitue au terrorisme le but idéologique¹⁹⁰ qui lui était refusé depuis longtemps. Les auteurs estiment que l'on ne peut « nier sérieusement que celui qui s'attaque « aux structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays » [est] animé, sauf à être un irresponsable au sens pénal du terme, par une idéologie ».

Les auteurs ajoutent que la prise en compte de cet aspect est important : il présente l'intérêt théorique « de donner sa vraie finalité à la réponse répressive adressée à cette violence [...] Si l'on veut que la peine prononcée soit en adéquation avec le comportement prohibé, il faut que celui-ci soit appréhendé dans sa vérité. C'est à ce prix que la sanction en sera légitime, c'est-à-dire “non seulement [...] efficace, mais encore juste” »¹⁹¹.

Concernant, en revanche, l'attrait d'une définition basée sur l'idéologie, l'apport de la décision-cadre est, à notre sens, plus contrasté.

En effet, la référence au but idéologique est, certes d'une utilité indéniable, mais il n'est pas certain que les définitions de l'infraction de terrorisme existantes dans les États-membres en soient dépourvues. Cela ne constituerait pas une

¹⁸⁷ Exception faite de la Convention du 15 novembre 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, et la convention du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme, adoptées dans le cadre de l'ONU et qui se réfèrent, explicitement, au terrorisme sans toutefois le définir.

¹⁸⁸ Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur l'Union européenne et la lutte contre le terrorisme, enregistré à l'Assemblée nationale le 2 mars 2005, n° 2123, p. 6.

¹⁸⁹ C. GREWE, R. KOERING-JOULIN, « De la légalité de l'infraction terroriste... », art. cit., p. 898.

¹⁹⁰ Sur le sens à donner au caractère idéologique, *Ibid.*, p. 895-896.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 899. Les auteurs, dans cet extrait, citent M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peine – Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux États-Unis*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 465.

innovation. L'apport du texte européen résiderait alors dans la légitimation des textes nationaux. Le Conseil de l'Union européenne avouerait ainsi que c'est bien là le seul moyen de définir le terrorisme. Une frontière étroite entre idéologie et politique serait à respecter pour ne pas revenir sur la position des Gouvernements de ne pas assimiler l'infraction de terrorisme à une infraction politique.

En outre, le Conseil, par cette décision-cadre, reprenait en grande partie la position commune du Conseil de Sécurité ¹⁹² du 27 décembre 2001. Comme le soulignait déjà Évelyne Sire Marin, au sujet de ce texte de 2001, le fait de se référer à l'action de forcer un État ou une organisation internationale à faire ou ne pas faire un acte quelconque, donne à la définition européenne du terrorisme une emprise très large, sans doute dangereuse, car elle peut désigner diverses formes de protestations qui ne sont pas, dans la réalité, liées aux manifestations terroristes ¹⁹³. Le problème de la délimitation du champ de l'infraction de terrorisme reste alors entier.

L'entrée en vigueur de la décision cadre n'a donc représenté qu'une avancée mitigée pour l'Espagne, la France et l'Italie, qui envisageaient déjà, globalement, les actes de terrorisme dans l'esprit du texte européen ¹⁹⁴.

En revanche, la décision-cadre a confirmé la structure binaire de l'infraction de terrorisme. En la faisant sienne, le Conseil de l'Union confirme que c'est bien là le seul moyen de définir convenablement ce phénomène.

L'élément finaliste peut recevoir une pluralité d'interprétations, ce qui ne favorise pas une délimitation nette du champ d'application de l'infraction de terrorisme. Face à un phénomène si dangereux, dont les manifestations suscitent spontanément beaucoup d'émotion, l'aléa qui entoure l'interprétation de l'élément finaliste peut rapidement se révéler problématique. Tant de manifestations de mécontentements à l'encontre des politiques menées par les États pourraient, alors,

¹⁹² Position commune 2001/930/PESC, 27 décembre 2001, relative à la lutte contre le terrorisme : *J.O.C.E.*, n° L. 344, 28 décembre 2001.

¹⁹³ Dans une interview, Évelyne Sire Marin donne les exemples suivants : le fait de manifester, à Gênes, ou d'arracher des plans transgéniques pourrait entrer dans le champ de qualification d'un acte de terrorisme. Ceux qui commettent ces actes veulent forcer un État à adopter une certaine politique économique plus humaine ou plus en rapport avec l'écologie. Au même titre, des militants antinucléaires qui se couchent sur des rails de chemins de fer pour bloquer le passage d'un train transportant des déchets radioactifs agissent dans le but de modifier la politique d'un gouvernement. Il s'ensuit que la définition est tellement large « que l'on ne sait pas très bien ce que cette incrimination de terrorisme peut recouvrir » (P. RANCE, « La loi « sécurité quotidienne », interview d'Évelyne Sire Marin », *D.*, 2002, p223).

¹⁹⁴ À l'inverse, le droit belge ne comportait aucune disposition spécifique à la lutte contre le terrorisme avant le 11 septembre 2001. Après l'adoption de la décision-cadre européenne, la Belgique a modifié son ordonnancement, afin d'intégrer ce texte dans le corpus normatif (L. du 19 décembre 2003, qui reprend en majeure partie les termes de la décision-cadre du 13 juin 2002). Le Code pénal belge contient désormais un titre Ier, « Des infractions terroristes » articles 137 à 141-ter, insérés dans le Livre II « Des infractions et de leur répression en particulier ».

recevoir la qualification d'infraction de terrorisme et être soumises, en conséquence, au régime dérogatoire qui lui est réservé.

Cette composition binaire présente pourtant l'avantage de pouvoir être actualisée aisément ¹⁹⁵ – il suffit d'ajouter un alinéa à la liste d'infractions (en France) ou un article dans le code pénal (en Espagne et en Italie) – sans que le sens que l'on accorde à la finalité de terrorisme ne soit modifié. À l'inverse, cependant, l'énumération de l'ensemble des comportements susceptibles de véhiculer l'acte de terrorisme risque de manquer d'exhaustivité, sauf à privilégier des formulations génériques. Ce serait alors le principe de légalité des délits et des peines qui pourrait se trouver mis à mal. Les évolutions récentes du contenu de l'infraction de terrorisme soulèvent à ce sujet de vives interrogations.

Le terrorisme étant un phénomène évolutif aux manifestations variées, les États ont souvent été pris de court par les modes de réalisation des attentats. Les législations nationales, mais aussi les textes visant à lutter contre le terrorisme, adoptés au sein des organisations internationales, se sont donc régulièrement trouvés dépassés par la réalité. Ce constat d'impuissance a, généralement, conduit les États à durcir leur législation dans l'espoir de trouver, enfin, un moyen de lutte satisfaisant, qui éviterait que de nouveaux attentats soient perpétrés. Ce niveau *parfait* de protection n'a toutefois jamais été atteint.

En revanche, l'infraction de terrorisme s'est progressivement fait le reflet de ces variété et de cette *protéiformité* du phénomène. Elle renferme donc, aujourd'hui, un grand nombre de comportements très variés pour finalement revêtir un large champ d'applications.

L'obstination étatique à vouloir enfermer le phénomène terroriste, sous toutes ses expressions, pour ne pas laisser de vide juridique dans l'ordonnancement, peut, sous certains aspects, devenir un danger pour les États eux-mêmes.

La dangerosité de l'infraction de terrorisme est ainsi poussée à son paroxysme au travers de l'approche finaliste du phénomène retenue par les législateurs.

¹⁹⁵ C'est d'ailleurs pourquoi les professeurs GREWE et KOERING-JOULIN qualifient ce mode d'appréhension de « simple, pour ne pas dire simpliste ». Elles estiment en effet que « le procédé est commode puisqu'il suffit, le plus souvent au gré d'une actualité tragique, de compléter cette liste par de nouvelles prévisions », V. C. GREWE, R. KOERING-JOULIN, « De la légalité de l'infraction terroriste... », art. cit., p. 894.

Section 2 : La dangerosité du terrorisme exacerbée par son approche téléologique

Il est désormais admis que « le concept de terrorisme est fondamentalement structuré autour des finalités poursuivies par l'action des membres [...] »¹⁹⁶. Ainsi, bien que chacun des éléments venant composer l'infraction de terrorisme ait son importance pour contribuer à la qualification de l'acte réprimé, l'élément finaliste est celui qui a le plus de poids (§ 1). Ainsi, bien qu'éminemment subjectif, il est le seul à pouvoir faire *basculer* une infraction ordinaire dans le régime dérogatoire antiterroriste (§ 2).

§ 1 – L'élément finaliste, élément prépondérant au sein de la définition

Bien que le cumul des éléments soit exigé pour procéder à la qualification d'un acte d'infraction de terrorisme (A), l'élément finaliste reste l'élément clef pour définir le terrorisme au regard des autres éléments de l'infraction, et notamment, au regard d'un élément organique qui occupe une place importante dans les définitions espagnoles et françaises des actes de terrorisme (B).

A. La nécessité du cumul des éléments

Dans la décision n° 86-213 DC du 3 septembre 1986, le Conseil constitutionnel français s'est prononcé sur le concept de terrorisme en reprenant la structure de l'acte de terrorisme choisie par le législateur. Tout en validant implicitement la structure de la définition, il a souligné la nécessité de la réunion des deux éléments, matériel et finaliste, pour que l'acte de terrorisme soit caractérisé.

Le Conseil constitutionnel était appelé, à la demande de soixante-deux sénateurs, à se prononcer sur la conformité de l'article 1^{er} de la loi du 9 septembre 1986 au regard du principe de légalité criminelle. Cet article insérait un nouveau Titre dans le code de procédure pénale, parmi lequel se trouvait l'article 706-16, qui fixait le champ d'application des règles procédurales dérogatoires instaurées par le texte. À cette époque, il était donc considéré que l'article 706-16 ne mettait pas en place une infraction autonome, mais un simple concept de terrorisme, afin de

¹⁹⁶ Qui sont, pour le droit espagnol, « bouleverser l'ordre constitutionnel et porter gravement atteinte à la paix publique ». V. J-L. DE LA CUESTA, « La législation antiterroriste... », art. cit., p. 265.

permettre l'application de règles appropriées de lutte contre ce phénomène. Le mobile du délinquant était un simple « élément déterminant le statut de l'infraction »¹⁹⁷.

Les sénateurs ont déféré diverses dispositions de la loi au Conseil, estimant que l'application de règles procédurales dérogatoires au droit commun était conditionnée par la reconnaissance d'un élément purement subjectif, ce qui allait, à leur sens, à l'encontre du principe de légalité des délits et des peines.

Ils relevaient ainsi que « s'agissant du terrorisme, sa définition n'est pas liée à la nature des actes commis mais à l'intention de leurs auteurs. De ce fait, entre deux actes identiques, le critère de différenciation entre celui relevant du droit commun et celui qualifié terroriste exige une appréciation subjective ». Ils ajoutaient que même s'il ne semble pas « qu'il existe, en droit français, d'autre moyen juridique d'appréhender le phénomène terroriste », cette approche entraînait deux conséquences fâcheuses.

D'une part, seule l'autorité judiciaire pouvait se livrer à une appréciation subjective, car elle était la « seule autorité dont la subjectivité soit constitutionnellement tolérable ».

D'autre part, dans ce cadre, la loi ne pouvait pas définir un crime ou un délit terroriste, mais seulement prévoir l'application de règles dérogatoires à certains crimes et délits définis par le code pénal, et auxquels l'autorité judiciaire aurait reconnu le caractère terroriste. Ainsi, ils considéraient que la loi ne pouvait prévoir de sanctions sans avoir, au préalable, défini le délit auquel elles s'appliquent. Ils demandaient, en conclusion, la déclaration d'inconstitutionnalité des articles 5 et 6 de la loi, au motif qu'ils permettaient que « des exemptions ou des réductions de peines soient prononcées sans que les infractions correspondantes aient été définies avec une précision suffisante »¹⁹⁸. Le principe de la légalité des délits et des peines aurait ainsi été méconnu.

Le Conseil constitutionnel a rejeté leur pourvoi et a ignoré le caractère subjectif de la loi. Il est resté concentré sur la précision des deux éléments mis en avant par la disposition législative pour définir un acte de terrorisme.

Le juge constitutionnel français a ainsi estimé que « l'application des règles particulières posées par la loi [...] est subordonnée à *deux conditions* : d'une part, que les faits soient constitutifs de certaines infractions définies par le code pénal ou par des lois spéciales ; d'autre part, que ces infractions soient en relation avec une

¹⁹⁷ J. PRADEL, *Droit pénal* ..., *op. cit.*, p. 282.

¹⁹⁸ *Cons. const.* n° 86-213 DC, cons. n° 4.

entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur »¹⁹⁹.

Il a, ensuite, poursuivi et achevé son examen, en affirmant que la première condition, c'est-à-dire l'élément matériel, satisfaisait au principe de la légalité des délits et des peines, et que la seconde condition, constituée par l'élément finaliste de l'acte de terrorisme était, elle aussi, énoncée en des termes d'une précision suffisante. En conséquence, toute méconnaissance du principe devait être écartée²⁰⁰.

Le raisonnement du Conseil constitutionnel soulève plusieurs remarques. Nous réservons celles relatives à la reconnaissance du respect du principe de la légalité des délits et des peines à la suite de nos développements²⁰¹ pour nous concentrer, ici, sur la validation de la structure de la définition juridique des actes de terrorisme et sur la nécessité du cumul des éléments de cette définition.

En reprenant les deux éléments à travers lesquels le législateur français avait choisi de définir le concept de terrorisme, sans les contester, le Conseil constitutionnel en reconnaît l'existence et les valide.

Le juge constitutionnel a admis, de la sorte, la validité de la structure binaire employée par le législateur et, surtout, il n'a pas mis en doute le fait que l'application de règles dérogatoires au droit commun puisse être conditionnée à l'application d'un critère purement subjectif.

Il est vrai que le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé expressément sur la prééminence de l'élément finaliste, alors qu'il était saisi précisément sur cet aspect par les requérants²⁰². Il est resté cantonné à l'analyse de chacun des deux éléments mis en place par le législateur à l'article 706-16 du code de procédure pénale, au regard du principe de la légalité des délits et des peines, tout en soulignant que seule leur réunion permettait le passage des actes incriminés dans le régime dérogatoire. Le raisonnement du Conseil constitutionnel français surprend ainsi par sa concision. Mais il demeure, somme toute, logique, car il aurait été « excessif de déclarer la loi relative à la lutte contre le terrorisme inconstitutionnelle au seul motif qu'elle se référait au but poursuivi par l'auteur des actes incriminés »²⁰³.

¹⁹⁹ *Cons. const.* n° 86-213 DC, cons. n° 5.

²⁰⁰ *Cons. const.* n° 86-213 DC, cons. n° 6.

²⁰¹ *V. infra.*

²⁰² Le Conseil le synthétise au considérant 3 de sa décision : « selon les auteurs de la saisine [...] les conditions d'application des règles particulières de poursuite, d'instruction et de jugement établies par la loi présentement examinée ne seraient pas déterminées par référence aux éléments constitutifs d'une ou plusieurs infractions définies de manière objective, mais par référence à l'élément purement subjectif que constitue le but poursuivi par l'auteur du ou des actes incriminés [...] » (*Cons. const.* n° 86-213 DC, cons. n° 3).

²⁰³ J-P. MARGUENAUD « La qualification pénale des actes... », art. cit., p. 11.

Dans le même esprit, le Tribunal constitutionnel espagnol a reconnu également que l'application des règles spécifiques antiterroristes était conditionnée à la réunion d'un élément objectif et d'un élément finaliste.

Dans la décision n° 199/1987 du Tribunal, le Parlement basque contestait la constitutionnalité de l'article 1^{er} de la loi organique 9/1984, en soulevant plusieurs griefs à l'encontre du texte. Parmi eux, le requérant citait la méconnaissance des principes de légalité et de sécurité juridique (proclamés à l'article 9 de la Constitution espagnole). Cet article avait pour objet de délimiter le champ d'application de la loi organique – et, en conséquence, des mesures de suspension des droits fondamentaux qu'elle mettait en œuvre – en distinguant, dans un premier paragraphe, la finalité et l'organisation avec laquelle les délinquants devaient agir et, dans un second paragraphe, diverses actions au travers desquelles le délit pouvait être caractérisé.

D'après le Parlement basque, cette manière de formuler les actions entrant dans le champ d'application de la loi créait une marge d'imprécision trop importante pour pouvoir respecter les principes constitutionnels.

Le Tribunal constitutionnel a rejeté le grief, en affirmant que la liste des délits figurant au second paragraphe de l'article 1^{er} de la loi « vise seulement à compléter la *condition subjective* prévue à l'alinéa 1^{er} de ce même article, avec la référence à *l'élément objectif* de certains comportements délictueux, afin de déterminer le champ d'application de la loi, en intégrant une des conditions d'application d'un effet processuel, au moyen d'une énumération d'hypothèses délictueuses, clairement délimitées et fermement circonscrites, pour son lien nécessaire avec les faits terroristes »²⁰⁴. Il rejoint sur ce point les conclusions de l'Avocat de l'État, qui affirmait que « la fonction de la relation des délits du deuxième paragraphe du texte est celle de conférer à une des conditions d'application, un effet procédural »²⁰⁵.

Le rappel de l'exigence de la réunion des éléments de l'infraction de terrorisme par des juges constitutionnels français et espagnols est parfaitement logique. La seule idée de vouloir bouleverser l'ordre politique et institutionnel en place dans un État ne suffit pas, heureusement, à constituer un acte de terrorisme.

Toutefois, malgré l'exigence du cumul des éléments de la définition juridique des actes de terrorisme, c'est toujours la caractérisation de l'élément finaliste qui entraînera la qualification d'une action en acte de terrorisme. La puissance de cet élément ressort également du rapport qui peut exister entre l'élément organique, lorsqu'il existe, et l'élément finaliste.

²⁰⁴ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 4.

²⁰⁵ *STC* 199/1987, cons. en fait n° 11.

B. Le rapport inégal des éléments de la définition

Au sein de la structure binaire, sur la base de laquelle les législateurs ont formulé l'incrimination des délits de terrorisme, l'élément finaliste occupe une place prédominante, aussi bien vis-à-vis de l'élément matériel que d'un troisième élément, de nature organique ou structurelle, auquel les formulations législatives accordent une place importante en droits espagnol et français.

- La supériorité de l'élément finaliste sur l'élément matériel est aisément perceptible, dans la mesure où la qualification du seul élément matériel ne suffit pas à caractériser une infraction d'acte de terrorisme.

Lorsqu'il est présenté au travers du renvoi à des infractions de droit commun, déjà réprimées par le droit en vigueur, l'élément matériel ne peut témoigner, à lui seul, du caractère terroriste de l'action. Il est donc indispensable que la finalité poursuivie par le délinquant soit qualifiée de *terroriste* pour que l'infraction, *support* de l'attentat, s'éloigne du droit commun pour entrer dans le régime dérogatoire antiterroriste. Ainsi, les atteintes à la vie des personnes seront réprimées plus sévèrement si elles sont accomplies dans une finalité de terrorisme ou de subversion de l'ordre démocratique (art. 280*bis* du code pénal italien).

Aussi, lorsque le législateur n'opère aucun renvoi à des infractions existantes pour définir l'élément matériel du délit de terrorisme et opte pour une formulation d'une infraction spécifique, l'élément finaliste est encore celui qui rapprochera l'action accomplie de l'infraction de terrorisme. L'article 421-2 du code pénal français prévoit ainsi que « le fait d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol, dans les aliments ou les composants alimentaires ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel » constituera un acte de terrorisme seulement s'il « est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ».

- Le schéma est en revanche plus complexe pour le rapport entre les éléments finaliste et organique.

La binarité de la structure des définitions législatives de l'infraction de terrorisme pourrait en effet être altérée par l'importance que ces définitions accordent à un troisième élément, de nature organique. D'après les textes, le processus de qualification d'une infraction terroriste exigerait, dans les faits, la réunion de trois facteurs : « *une action*, soit l'accomplissement d'infractions graves car la gravité produit l'intimidation ; *une structure* organisationnelle stable qui permet la

planification des infractions et confère un poids certain à la menace ; *un but*, soit la volonté de causer une grave intimidation ou une forte commotion sociale réalisable grâce à la planification des infractions et l'existence d'une association terroriste » ²⁰⁶.

Ce serait le lien existant entre ces trois éléments qui donnerait tout son poids au terrorisme. Aucun ne pourrait donc être négligé au profit d'un autre, car « c'est leur ensemble qui donne son sens spécifique au terrorisme. Sans l'existence d'une structure organisée stable, le potentiel délictuel de réitération intimidante sera considérablement moindre ; si les faits commis ne dépassent pas un certain seuil de gravité, le degré d'intensité effrayante du terrorisme ne sera pas atteint ; s'il n'existe pas un but d'intimidation de groupes ou d'institutions, nous sommes en présence d'une autre forme de criminalité organisée [et] non en présence de terrorisme » ²⁰⁷.

Malgré la pertinence de cette présentation, l'importance accordée au critère organique ne trouble pas la binarité de la définition, unanimement constatée dans les ordonnancements nationaux et internationaux. Ce troisième élément a généralement tendance à se rattacher à la finalité de l'infraction, voire à s'y fondre.

L'élément subjectif demeure ainsi le critère essentiel pour définir un acte de terrorisme. En effet, il est indéniable que le rôle de l'association terroriste dans la réussite des attentats est primordial. Ces groupements constituent une plate-forme de rencontre et de développement logistiques des attaques terroristes. Ce constat a été très tôt établi, si bien que l'élément organique, ou structurel, a fait son apparition dans les formulations des délits de terrorisme de deux manières.

Sous une première forme, et dans les trois ordonnancements que nous étudions, l'association de malfaiteurs à finalité terroriste a fait l'objet d'une incrimination spécifique, bien distincte, afin que la participation, sous diverses formes, à ces organisations, soit réprimée de manière sévère ²⁰⁸. L'article 2 de la décision-cadre européenne du 13 juin 2002 demande d'ailleurs aux États membres de rendre punissables aussi bien la direction d'un groupe terroriste, que la participation à un tel groupe ²⁰⁹. Ici, l'organisation (ou le groupe) va être qualifié de *terroriste* dès lors que la réunion de certaines caractéristiques, définissant les

²⁰⁶ A. ASUA BATARRITA, M. ALAVAREZ VIZCAYA, « La répression du terrorisme... », art. cit., p. 218.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Article 270*bis* du code pénal italien ; article 421-2-1 du code pénal français ; article 571 du code pénal espagnol.

²⁰⁹ V. l'article 2, §1 de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002. Ce texte précise qu'il faut entendre par *groupe terroriste* « l'association structurée, de plus de deux personnes, établie dans le temps, et agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions terroristes. Le terme "association structurée" désigne une association qui ne s'est pas constituée au hasard pour commettre immédiatement une infraction et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée ».

associations de malfaiteurs, sera avérée, et que sa raison d'être correspondra à une finalité terroriste. L'élément finaliste sert ainsi à distinguer l'organisation criminelle *classique* de l'organisation terroriste. Il est donc le critère prédominant.

Sous une seconde forme, l'organisation terroriste est venue compléter la formulation d'une incrimination d'un délit de terrorisme, au point d'être assimilée à un troisième élément de la définition de l'infraction. Sans être tout à fait fausse, cette analyse de la place de l'élément organique au sein de l'incrimination d'un acte de terrorisme n'est pas systématique selon les ordonnancements.

En effet, la mention de l'élément organique au sein de l'incrimination de terrorisme se constate dans les articles espagnols et français relatifs aux actes de terrorisme, alors qu'elle n'apparaît pas dans ceux du code pénal italien ni dans ceux de la décision-cadre européenne.

Les articles relatifs à l'infraction de terrorisme des codes pénaux espagnol et français lient de manière explicite la finalité terroriste à l'association à laquelle est censé appartenir l'auteur de l'infraction. Nonobstant, plus qu'un troisième élément de l'incrimination, l'élément organique s'interpose dans le rapport *individu terroriste-but terroriste* en y installant une certaine distance et en venant représenter un critère aggravant.

Les articles 571, 572, 573 et 574 du code pénal espagnol, avant qu'ils ne soient modifiés par la loi organique 5/2010, réprimaient les délits commis par « ceux qui appartiennent, agissent au service ou collaborent avec des bandes armées, des organisations ou des groupes dont la finalité est de subvertir l'ordre constitutionnel ou d'altérer gravement la paix publique ». Cette manière d'appréhender la finalité poursuivie par l'auteur de l'acte terroriste n'était pas nouvelle. Les lois spéciales, adoptées avant la rédaction du code pénal de 1995, contenaient déjà des dispositions similaires ²¹⁰. Depuis l'entrée en vigueur de la loi organique 5/2010, la rédaction de

²¹⁰ Effectivement, les articles définissant le délit de terrorisme ou le champ d'application des lois antiterroristes spéciales, avant la rédaction du code pénal de 1995, liaient l'élément finaliste à la notion d'association ou groupe terroriste. Ainsi, le paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er} de la loi organique 11/1980 délimitait le champ d'application du texte aux personnes qui étaient présumées « appartenir ou être en relation avec des éléments terroristes ou des bandes armées qui menacent gravement la sécurité des citoyens, projettent, organisent, exécutent, coopèrent ou incitent à commettre » une certaine série d'actions. Selon les termes de cet article, ce sont les organisations armées ou terroristes qui poursuivent une finalité de subversion de l'ordre constitutionnel, et la loi s'applique aux personnes qui appartiennent à de telles organisations. Le rapport entre la personne et la finalité n'est donc pas aussi direct que l'on pourrait le croire. Il est au contraire déterminé par l'appartenance de l'auteur de l'action terroriste à une certaine organisation. Ce rapport est d'ailleurs réduit à sa formulation la plus minimaliste dans la loi organique 9/1984 : l'article 1^{er} prévoit que « la présente loi s'applique aux personnes appartenant à une bande armée ou en relation avec des activités terroristes ou rebelles qui projettent, organisent ou exécutent » un certain nombre de délits précisés au paragraphe second du même article, et l'article 8 définit le délit de terrorisme à travers la personne qui, « intégrée dans une organisation terroriste, rebelle ou une bande armée, réalise un quelconque des délits mentionnés aux alinéas a) à h) de l'article 1^{er}, en utilisant des armes à feu, des bombes, des grenades, des substances ou des mécanismes explosifs ou des moyens incendiaires de toute

ces articles a évolué. L'article 571 se concentre sur la notion même de groupe terroriste et précise, dans un troisième paragraphe, que les groupes ou organisations terroristes sont ceux qui ont pour « finalité ou objectif de perturber l'ordre constitutionnel ou altérer gravement la paix publique ». Les articles 572, 573 et 574, quant à eux, incriminent les délits commis par « ceux qui appartiennent, agissent au service ou collaborent avec des bandes armées, des organisations ou des groupes terroristes ».

Du côté français, les articles 421-1 et 421-2 du code pénal disposent que certaines infractions constitueront des actes de terrorisme, « lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective *ayant pour but* de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur »²¹¹.

La formulation de ces articles donne à penser que c'est la structure associative – organisations, groupes ou entreprise – qui poursuit un but précis. L'individu, auteur de l'acte, ne serait qu'une sorte d'instrument au service de l'association terroriste, qui se contenterait de participer à la réalisation de l'objectif fixé par le groupe. La relation que créent ces articles entre la finalité de l'acte et l'organisation terroriste met une distance entre cette même finalité et l'individu, auteur de l'acte. Ce dernier semble dénué d'autonomie décisionnelle et apparaît tel un pion au service d'une structure plus grosse. Un acte ne recevra la qualification de *terroriste* qu'à l'issue d'un processus d'identification, qui recherchera d'abord la *relation* entre le délinquant, auteur de l'acte terroriste, et l'organisation ou l'entreprise collective pour, ensuite, s'assurer du rapport entre la structure et le but qu'elle poursuit.

L'organisation terroriste s'interpose donc entre l'individu terroriste et le but terroriste, car ce n'est plus à l'individu d'agir dans un but terroriste, mais l'association à laquelle l'individu appartient qui poursuit une finalité terroriste²¹².

classe, quel que soit le résultat produit ». Les deux articles de la loi organique 9/1984 ne prennent même pas le soin de préciser la finalité qui doit être poursuivie par l'auteur ou l'organisation. Ils se contentent de citer que le délit doit être réalisé dans le cadre de l'activité d'une organisation terroriste et cette seule mention semble suffire pour qualifier l'acte et entraîner l'application des règles particulières instaurées par la loi.

²¹¹ L'ancien art. 698, al. 2-C, du code de procédure pénale français contenait une formule très similaire. Il donnait compétence à la Cour de Sécurité de l'État, supprimée par la loi du 4 août 1981, pour juger certaines infractions « en relation avec une entreprise individuelle ou collective consistant ou tendant à substituer une autorité illégale à l'autorité de l'État ». La Cour de cassation française a toutefois précisé, dans un arrêt du 14 mars 1989 (Bull. N° 123) que le but défini à l'article 706-16 du CCP ne se confondait pas avec l'atteinte à l'autorité de l'État. V. G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal...*, *op. cit.*, p. 194.

²¹² Pour TH. S. RENOUX, le lien se crée plutôt entre l'acte et l'entreprise terroriste. Il note que « pour qualifier pénalement un acte de terroriste, il est désormais nécessaire d'établir *d'une part*, l'existence d'un *lien* entre l'acte commis et une entreprise plus vaste à stratégie terroriste (Cass. crim. 7 mai 1987, *Bull. crim.* n° 186), *d'autre part*, une finalité propre à cet acte, ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par

Si la majorité des attentats est organisée par des structures solides, l'existence d'une organisation terroriste n'est pas toujours indispensable. Conscients de la variété des situations et de l'absence, bien qu'occasionnelle, de structure terroriste, les législateurs ont aussi pris en compte le terrorisme dit *individuel*, à l'article 577 du code pénal espagnol²¹³ et les actes de terrorisme en relation avec une entreprise *individuelle* en France.

Dans ces deux cas, l'infraction de terrorisme sera caractérisée par l'absence de lien entre un individu délinquant – auteur de l'acte – et une structure organisationnelle. Ce sera alors la volonté de l'individu qui sera examinée et non celle de l'association. En Espagne, cette disposition a été insérée dans le code pénal en 2000, afin de résorber ledit terrorisme *de rue*. En France, la notion d'entreprise individuelle prend évidemment en compte l'hypothèse d'une personne, seule, qui aurait envie de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, mais elle insiste sur l'idée de préméditation qu'une telle action suppose.

Le concept de terrorisme individuel touche cependant aux limites de la notion même de terrorisme. Les manifestations de terrorisme, menées par un seul homme, peuvent aisément être assimilées aux actions de *serial killers* qui, certes, terrorisent la population, mais ne poursuivent pas le même objectif de bouleversement de l'ordre constitutionnel que les actions terroristes à proprement parler. De même, l'infraction de terrorisme accomplie par un seul homme se confond plus aisément avec une infraction politique. La prévision est donc intéressante – elle évite le vide juridique et permet, surtout, de poursuivre les actions moins violentes qui peuvent plus facilement être le fait d'individu isolé, tel que le blanchiment d'argent ou le dépôt d'armes – mais elle est aussi d'application plus ponctuelle.

Sur ce point, la conception des actes de terrorisme retenue par le code pénal italien rejoint celle des codes espagnol et français, puisqu'elle retient également, et d'ailleurs exclusivement, la seule action individuelle en réprimant *quiconque* commet certains actes dans une finalité terroriste.

La mention de l'organisation terroriste est aussi utilisée par les législateurs dans les formulations d'autres articles sur les délits de terrorisme pour synthétiser l'élément finaliste. Ainsi, plusieurs articles ne précisent pas la finalité que doit poursuivre l'individu, qu'il agisse seul ou en groupe, mais se contentent d'une

l'intimidation ou la terreur, *enfin*, depuis l'intervention de la loi du 22 juillet 1996, le caractère intentionnel de cet acte [...] ». TH. S. RENOUX, « Juger le terrorisme ? », art. cit., p. 106. Les italiques sont dans le texte.

²¹³ L'article est ainsi rédigé : « Ceux qui, sans appartenir à une bande armée, une organisation ou un groupe terroriste, et dans le but de bouleverser l'ordre constitutionnel ou de perturber gravement la paix publique ou de contribuer à ces buts en terrorisant les habitants d'une agglomération ou les membres d'un collectif social politique ou professionnel, commettent » certaines infractions.

formulation générique qui fait référence à l'entreprise ou au groupe terroriste pour lequel, ou dans le cadre duquel, l'action doit être réalisée.

Les dispositions du code pénal espagnol relatives aux délits de terrorisme, telles que modifiées par la loi organique 5/2010, illustrent parfaitement ce constat. Après que le législateur a précisé à l'article 571 du code pénal ce qu'il fallait entendre par groupe ou organisation terroriste – c'est-à-dire les groupements qui poursuivent la finalité ou l'objectif de perturber l'ordre constitutionnel ou d'altérer gravement la paix publique – l'ensemble des articles de la section du code réservée aux délits de terrorisme se contente de préciser que certains actes seront qualifiés de terroristes dès lors qu'ils sont réalisés par des personnes qui appartiennent, agissent ou collaborent à un groupe ou une organisation terroriste ²¹⁴. Il en va de même pour l'article 421-2-2 du code pénal français, qui incrimine, en tant qu'acte de terrorisme, le fait de financer une entreprise terroriste.

Finalement, ces articles lient de manière solide la notion de groupe terroriste à la finalité terroriste. Le simple fait d'évoquer une association dite *terroriste* suffit à exiger que l'action incriminée soit réalisée dans une finalité terroriste. Cela se confirme quel que soit le degré d'implication d'un individu dans ledit groupe terroriste. Il s'ensuit que la simple utilisation de l'adjectif *terroriste* pour qualifier l'organisation semble suffire à caractériser l'infraction. Si on ne peut nier que l'élément finaliste est ici réduit à sa plus simple expression, c'est tout de même lui qui permet la qualification de l'infraction de terrorisme. Le rôle essentiel de l'élément finaliste ressort ainsi une nouvelle fois.

L'élément organique joue donc un rôle fédérateur dans la formulation pénale des actes de terrorisme, notamment en Espagne, puisque c'est autour d'elle que la répression de cette dernière se développe. Dans l'ordonnancement espagnol, la notion de *groupe terroriste* est l'axe central autour duquel les infractions de terrorisme sont rédigées dans le code pénal. La présentation des délits de terrorisme est ainsi parfois réalisée en distinguant le *noyau dur* des activités des organisations terroristes et les autres infractions ²¹⁵.

Le Tribunal constitutionnel a d'ailleurs reconnu que « le terrorisme caractéristique de notre temps [...] loin de limiter son action à d'éventuelles activités

²¹⁴ Ainsi, l'article 572-1 qualifie de délit de terrorisme les actions de dégradations ou d'incendies commises par les personnes appartenant, agissant ou collaborant à un groupe ou une organisation terroriste ; de même pour l'article 572-2, en ce qui concerne les atteintes aux personnes, pour l'article 573, qui mentionne les infractions en matière d'armes, et les articles 574, 575 et 576*bis* du code pénal espagnol.

²¹⁵ Comme l'ont souligné A. ASUA BATARRITA et M. ALAVAREZ VIZCAYA (« La répression du terrorisme... », art. cit., p. 227) avant la modification des articles sur les délits de terrorisme par la loi organique 5/2010. La remarque reste juste même après les modifications opérées, étant donné que les premiers articles (572 à 574) se concentrent sur les activités terroristes principales menées par les groupements terroristes, alors que les articles suivants (575 à 579) sont plutôt axés sur les actions de soutien aux organisations terroristes.

individuelles susceptibles d'être représentées comme "terroristes", se révèle avant tout comme *une activité qui est le propre d'organisations ou de groupes, de "bandes" [...]* »²¹⁶. L'élément organique possède aussi un effet catalyseur car le groupe terroriste est « l'élément décisif pour confirmer la gravité supplémentaire de l'accomplissement de certaines infractions »²¹⁷, tout comme il confère un poids certain à l'objectif poursuivi²¹⁸. Il ne devient pas un troisième élément de la définition, mais un facteur aggravant des éléments matériel et finaliste²¹⁹.

L'élément organique vient donc s'immiscer, en droit français et espagnol, dans la relation parfaitement binaire que l'on a jusqu'à présent décrite. Il tend à occuper une place qu'il est toujours difficile de définir de manière définitive. Pour autant, il ne la brouille pas. L'élément organique se rattache, le plus souvent, à la finalité qui doit être poursuivie pour que l'infraction de terrorisme soit caractérisée. Que celle-ci soit le fait d'un individu isolé ou d'un groupe d'individus importe peu, éléments finaliste et organique ne font plus qu'un²²⁰.

Les actes de terrorisme doivent ainsi réunir plusieurs éléments pour être qualifiés comme tel. Les deux éléments composant la structure binaire, communément retenue par les ordonnancements, ont alors toute leur importance même si l'élément finaliste se détache de manière évidente comme l'élément clef de l'incrimination. Cette place prépondérante au sein même de la définition lui confère un caractère obligatoire pour distinguer les actes de terrorisme des autres infractions réprimées par l'ordonnement.

²¹⁶ C'est nous qui soulignons. *STC* 199/1987, considérant en droit n° 4.

²¹⁷ A. ASUA BATARRITA et M. ALAVAREZ VIZCAYA, « La répression du terrorisme... », art. cit., p. 218. Ces auteurs considèrent que certaines infractions auraient une connotation plus grave dès lors qu'elles ont été réalisées par un groupe terroriste et non de manière individuelle.

²¹⁸ *Ibid.* C'est en cela que la présence du groupe *rajoute* à la gravité de l'infraction réalisée et confère un sens plus fort au message délivré par l'attentat.

²¹⁹ « La notion d'entreprise est exclusive de toute idée d'improvisation », elle suppose « des préparatifs et un minimum d'organisation, une certaine préméditation [...] une organisation d'où le hasard est exclu », V. les déclarations du Garde des sceaux, Alain Chalandon devant les chambres, *J.O.*, Déb. 8 août 1986, p. 4125 et Th. S. RENOUX, *L'indemnisation publique des victimes d'attentats*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1988, p. 21 et s.

²²⁰ Certains ont ainsi considéré que la loi française du 9 septembre 1986 définissait l'acte de terrorisme à partir de « deux critères objectifs, d'une part, l'existence d'une infraction déterminée [...] d'autre part, une relation avec "une entreprise individuelle ou collective" ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur » ». Cette conception associe clairement l'élément organique à l'élément finaliste. On peut toutefois discuter autour du qualificatif *objectif* pour les deux critères, même s'il est vrai que l'insertion de l'organisation terroriste dans l'élément finaliste lui confère une plus grande objectivité. (V. C. TEITGEN-COLLY, F. JULIEN-LAFFERIERE, « Contrôle de constitutionnalité – Jurisprudence », *A.J.D.A.*, 1997, p. 89). Sur les derniers points, les auteurs français sont rejoints par les professeurs A. ASUA BATARRITA et M. ALAVAREZ VIZCAYA, qui considèrent également que la définition de l'infraction de terrorisme s'organise sur la base de deux critères, mais le second comprend un élément objectif (la structure ou le groupe terroriste) et un élément subjectif (la finalité de terroriser la société). (V. ID., *Ibid.*, p. 227). La qualificatif *subjectif* ne conviendrait pas totalement pour le second critère. Il faudrait peut-être lui préférer celui de *finaliste* ou son synonyme *téléologique*.

§ 2 – L'élément finaliste, élément indispensable de la définition

D'après le Tribunal constitutionnel espagnol, l'élément finaliste est celui qui est le plus déterminant pour qualifier un acte de délit de terrorisme (A). Au fil du temps, l'incrimination tend à se résumer à sa seule expression (B).

A. La position du Tribunal constitutionnel espagnol

Le juge constitutionnel espagnol a lui-même validé le rapport inégal entre les éléments de la définition des actes de terrorisme mise en place par le législateur organique. Dans une décision 199/1987, il est allé jusqu'à exiger la prise en compte plus affirmée de la finalité des terroristes, en soulignant combien elle était essentielle dans le processus de qualification du délit.

Le Tribunal constitutionnel s'est prononcé sur la notion de terrorisme adoptée dans la loi organique 9/1984 dans une décision en date du 26 décembre 1987. Il n'a donc pas examiné l'infraction de terrorisme telle qu'elle est présentée dans le code pénal, car à cette période, celle-ci n'y figurait plus ²²¹.

La saisine des Parlements basque et catalan ne remettait pas en cause la structure de l'infraction. Elle contestait, en revanche, le non-respect du champ d'application de l'article 55-2 de la Constitution, que la loi déferée mettait en œuvre. Les requérants estimaient que l'article 1^{er} de la loi organique incluait injustement des délits qui ne pouvaient intégrer la sphère de l'article constitutionnel, car ils ne pouvaient être assimilés à des activités terroristes ou des bandes armées. Ils se référaient notamment aux actions de rébellion et d'apologie des actes de terrorisme ²²². Cette conception très large des activités terroristes, adoptée par le législateur organique dans l'article 1^{er} de la loi, avait pour conséquence de donner à la loi un champ d'application étendu et de soumettre l'ensemble des délits mentionnés par le texte à l'application de dispositions sévères au regard de l'aménagement des droits fondamentaux des citoyens.

Le Tribunal est revenu, dans un premier temps, sur la notion de terrorisme, telle que dégagée de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, afin de trancher, dans un second temps, la question du champ d'application de cet article.

²²¹ Les délits de terrorisme firent de nouveau leur apparition dans le code pénal après une révision de celui-ci par la loi organique 10/1995.

²²² Pour une analyse approfondie de la décision constitutionnelle sur ce sujet, voir le chapitre 1^{er} du Titre 1^{er} de la deuxième partie de notre étude.

Il a ainsi admis que les « activités délictueuses commises par des “bandes armées ou éléments terroristes” [...] créent un danger effectif pour la vie et l'intégrité des personnes et pour le maintien de l'ordre démocratique constitutionnel »²²³. Selon lui, le terrorisme serait une « activité », caractérisée par « l'objectif, ou en tout cas, l'effet, de répandre une situation d'inquiétude ou d'insécurité sociale, conséquence du caractère systématique, réitéré, et très fréquemment indiscriminé, de cette activité criminelle »²²⁴.

Le juge constitutionnel espagnol précise ensuite qu'il ne faut pas « exclure la possibilité que des groupes ou des organisations criminelles déterminés, sans aucun objectif politique, de par le caractère systématique et réitéré de leur activité, par l'ampleur des catégories de population touchées, puissent créer une situation d'inquiétude et, en conséquence, une situation d'urgence pour la sécurité publique qui permet de les comparer aux groupes terroristes proprement dits et pouvant faire l'objet des mesures exceptionnelles prévues à l'art. 55-2 de la Constitution ».

L'apport du Tribunal constitutionnel à la notion d'infraction de terrorisme est considérable. Il suffit de regarder l'évolution de l'infraction de terrorisme depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1978 pour le mesurer.

La loi organique 9/1984, dont l'article 1^{er} a été examiné dans cette décision du Tribunal constitutionnel, est la seconde loi organique à mettre en œuvre l'article 55-2 de la Constitution espagnole. La première loi organique à l'avoir fait est la loi 11/1980 du 1^{er} décembre 1980. Cette loi avait été soumise au Tribunal constitutionnel suite à la saisine du Parlement basque, mais les juges constitutionnels ne s'étaient pas prononcés sur le fond du recours. Ils avaient rejeté la demande du requérant en soutenant son incapacité à former un recours contre une loi étatique ne portant pas grief aux compétences de la communauté autonome qu'il représentait²²⁵.

La définition de l'infraction de terrorisme souffrait de quelques lacunes dans l'ordonnancement espagnol. La Constitution de 1978 évoquait la lutte contre le terrorisme dans l'article 55-2, sans toutefois fournir d'éléments de définitions. Le législateur organique n'a pas résolu la question en définissant à l'article 1^{er} de la loi

²²³ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 4. Le Tribunal constitutionnel considère d'ailleurs que c'est en raison de ce danger que le constituant autorise le législateur organique à suspendre certains droits fondamentaux pour protéger la société de telles atteintes.

²²⁴ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 4. Le Tribunal constitutionnel précise que cet objectif peut être rempli par n'importe quel groupe. En d'autres termes, il n'est pas indispensable, à son sens, que ces groupes poursuivent un objectif politique pour être assimilé aux groupes cités à l'article 55-2 de la Constitution espagnole.

²²⁵ La *STC* 25/1981 a fait l'objet d'une opinion dissidente. Elle a cependant permis au Tribunal constitutionnel d'affirmer la double nature des droits fondamentaux qui constitue un élément essentiel de la théorie des droits en Espagne. V. *infra*, chapitre 1^{er} du titre 2 de la présente partie.

organique 11/1980 le champ d'application de celle-ci. Il s'est en effet contenté de citer une série d'actions *supports* entraînant la suspension des droits fondamentaux pour les personnes entretenant un rapport précis avec une entreprise terroriste ou une bande armée ²²⁶. L'infraction de terrorisme se résumait à cette époque à un élément matériel et un élément organique, auxquels la qualification terroriste conférait un sens *certain*.

Cette conception sommaire de l'infraction de terrorisme n'est toutefois pas surprenante dans un pays comme l'Espagne. La connaissance ancienne du terrorisme par ce pays et la population de plusieurs générations a entraîné une compréhension *de fait* du terme de terrorisme. Comme si, à force d'en être témoin ou victime, l'ensemble de la population savait automatiquement ce qu'il fallait entendre par ce mot.

La loi organique 9/1984 n'a pas apporté de grandes nouveautés sur la question de la définition. L'article 1^{er} du texte est la retranscription de l'article 1^{er} de la loi organique 11/1980 (avec quelques modifications peu substantielles). Le législateur a, en revanche, donné une définition des infractions de terrorisme à l'article 8 – ce qu'il n'avait pas fait dans la loi précédente. La description des délits de terrorisme est, cependant, sommaire : « Celui qui appartient à une organisation terroriste, rebelle ou une bande armée et réalise un des actes délictuels [mentionnés à l'article 1^{er}] en utilisant des armes à feu, des bombes, grenades, des substances ou des engins explosifs ou incendiaires de toute catégorie [...] ».

Le législateur s'est contenté de fournir un élément matériel à l'infraction de terrorisme en y ajoutant un élément organique et, c'est d'ailleurs la nouveauté, les méthodes particulièrement *explosives* utilisées pour parvenir au résultat escompté. La seule précision apportée par le texte est la qualité *terroriste* de l'organisation à laquelle l'individu doit appartenir. La référence est néanmoins synthétique.

Dans la décision 199/1987, le Tribunal constitutionnel a choisi d'adopter une définition de l'infraction de terrorisme beaucoup plus complète que celle contenue à l'article 8 de la loi organique 9/1984. En caractérisant les activités terroristes à travers la finalité poursuivie par les délinquants, il témoigne de l'importance particulière de l'élément téléologique de l'infraction et le positionne comme l'élément distinctif des délits de terrorisme.

²²⁶ L'article 1^{er} de la loi organique 11/1980 précise que « les personnes dont les droits fondamentaux peuvent être suspendus sont celles *intégrées* ou en relation avec des éléments terroristes ou des bandes armées, qui portent une atteinte grave à la sécurité des citoyens, planifient, organisent, exécutent, coopèrent ou incitent directement à la réalisation des actions mentionnées à l'alinéa suivant, ainsi que celles qui, une fois ces actions réalisées, tentées ou commises, en font l'apologie publique ou protègent les personnes impliquées dans leur réalisation ».

Sa démarche est solennelle. Pour sa première décision sur une loi organique d'application de l'article 55-2 de la Constitution espagnole²²⁷, les juges constitutionnels ont dégagé un aspect essentiel de l'infraction de terrorisme, en se basant sur la pensée des constituants. Le Tribunal constitutionnel a effectivement précisé que la mise en avant de la finalité des activités terroristes « se vérifie à la lecture de la discussion parlementaire du texte constitutionnel, en ce que l'on constate un traitement commun des formes criminelles qui impliquent, par leur intention ou par leur résultat, une attaque directe envers la société et l'État social et démocratique de Droit ».

Cette référence lui permet, d'une part, d'insister sur le lien existant entre les délits de terrorisme et l'attaque de la société et de l'État social et démocratique de droit, sans proprement parler d'objectif politique, et, d'autre part, de poser les premières bases de la notion de terrorisme fondée sur l'élément finaliste²²⁸.

La décision constitutionnelle sera favorablement reçue par le législateur, qui prendra en compte l'analyse du Tribunal lors de la rédaction du nouveau code pénal en 1995, en définissant les délits de terrorisme sur la base d'une structure binaire, dans laquelle les organisations terroristes sont celles agissant dans un but de « perturbation de l'ordre constitutionnel et [d']altération grave de la paix publique » (art. 571 et suivants).

Si la prise en compte de la finalité, somme toute singulière, que poursuivent les terroristes lorsqu'ils organisent ou réalisent un attentat, paraît essentielle au regard de ce qu'elle représente pour la distinction du terrorisme des autres faits criminels qui impactent la société, les derniers textes adoptés pour actualiser les normes antiterroristes accordent tous la place à la finalité de l'acte et mettent de côté l'élément matériel. Cette nouvelle conception des délits de terrorisme confère à ces derniers un champ d'application très vaste.

²²⁷ Le Tribunal constitutionnel ne s'était pas prononcé sur le fond du recours du Parlement basque dans la *STC* 25/1981 relatif à la loi organique 11/1980.

²²⁸ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 4. Le Tribunal constitutionnel prend également soin de préciser le concept de *bandes armées*, cité lui aussi à l'article 55-2 de la Constitution (cf. *infra*, Chapitre 1^{er}, titre 1^{er} de la seconde Partie). À l'issue de ce raisonnement, il apparaît évident que l'article 55-2 de la Constitution espagnole ne peut s'appliquer qu'à des groupes ou des personnes armés qui engendrent la terreur dans la société et cherchent à altérer l'ordre démocratique et constitutionnel de l'État de Droit en le mettant objectivement en danger.

B. L'utilisation poussée de l'élément finaliste

Au fil du temps, de nouvelles formulations de la définition des actes de terrorisme ont vu le jour de sorte à élargir considérablement son contenu. Si ces formulations suscitent des questions sur la constitutionnalité de la définition, notamment au regard du principe de légalité des délits et des peines, elles n'ont pas, pour autant, fait l'objet de saisine du juge constitutionnel.

Les législateurs ont ainsi poussé le danger de l'application extensive de la définition à son paroxysme en adoptant des textes reposant intégralement sur l'élément finaliste.

En effet, les articles 574 du code pénal espagnol et 270^{sexies} du code pénal italien ne prennent pas le soin d'énumérer ou de citer des comportements matériels précis, par lesquels se concrétiserait l'acte terroriste. Au contraire, ils usent de formules très génériques, telles que « toute autre infraction » ou « les conduites », afin de donner la primauté au seul élément finaliste.

Depuis, l'entrée en vigueur du nouveau code pénal espagnol, en 1995, l'article 574 envisage ainsi de punir *toute personne* qui commettraient *une quelconque infraction* dès lors qu'elle agit, d'une part, en poursuivant une des finalités mentionnées à l'article 571-3 du code pénal et, d'autre part, qu'elle appartient, agit pour, ou collabore à une organisation ou un groupe terroriste. Cette prévision du code pénal de 1995 connaissait toutefois un précédent à l'article 1^{er} de la LO 9/1984, lettre k. Cette disposition permettait l'application de la loi à toutes les personnes intégrées dans une bande armée ou en relation avec des activités terroristes ou rebelles, quel que soit leur agissement (article 1-1) et, aussi, pour tout délit, qui ne serait pas spécifiquement mentionné au paragraphe 2 de l'article 1^{er}, réalisé par les personnes en lien avec une structure terroriste, lorsque sa commission contribue à l'activité terroriste ou rebelle (Article 1-2, k). Il peut donc s'agir de n'importe quelle autre infraction, crime ou délit. La seule exigence requise par le code pénal espagnol réside donc dans l'objectif poursuivi et le lien avec une structure organisationnelle. Malgré les aléas qui peuvent entourer l'application de cet article, il n'a jamais été abrogé.

Le code pénal italien contient un article similaire depuis 1995 ²²⁹. L'article 270^{sexies} du code qualifie, en effet, d'infraction de terrorisme les conduites qui « par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale et sont commises dans le but d'intimider la population

²²⁹ Décret-loi n° 144 du 27 juillet 2005, portant « Mesures urgentes pour lutter contre le terrorisme international », converti par la loi n° 155 du 31 juillet 2005.

ou de contraindre les pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, ou déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques et sociales d'un pays ou d'une organisation internationale, ainsi que les autres conduites qui sont qualifiées de terroristes ou commises dans une finalité de terrorisme par des conventions ou d'autres normes du droit international qui lient l'Italie ».

La disposition italienne est encore plus générale que la formulation espagnole, puisqu'elle n'évoque pas l'appartenance ou l'action pour une structure particulière. Elle n'exige qu'un lien entre une infraction et un certain but. À l'inverse, l'article italien reprend littéralement la rédaction des objectifs terroristes tels qu'ils sont formulés par la décision cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 alors que l'article espagnol formule la finalité de l'action en des termes assez généraux. Toutefois, une différence notable sépare les deux textes : le texte de l'Union européenne énumère une liste de comportements susceptibles de recevoir la qualification d'infractions terroristes dès lors que leurs auteurs poursuivent une des finalités, alors que le texte italien a transposé la décision cadre en faisant une interprétation extensive, car seule la finalité suffit à qualifier l'acte d'infraction terroriste. Le Gouvernement italien est donc allé bien plus loin en ne limitant pas l'élément matériel.

Ce mouvement d'extension de la notion même d'infraction de terrorisme dans les ordonnancements nationaux, suite à la transposition de la décision-cadre européenne, demeure pour l'instant limité. La France, par exemple, n'y a pas encore eu recours. Si la volonté du Gouvernement italien d'intégrer rapidement le texte européen peut justifier la modification du code pénal, cette dernière est essentiellement la conséquence d'une crise judiciaire et politique que l'Italie a connue quelques semaines avant l'adoption du décret-loi n° 144 de 2005.

Quels qu'en soient les motifs, l'élargissement de la notion de terrorisme dans les ordonnancements interroge sur les limites du concept.

En vertu de ces deux articles évoqués, la conduite adoptée par l'infracteur importe peu, l'infraction sera constituée après vérification de la finalité poursuivie par son auteur. L'infraction de terrorisme reste axée sur une structure binaire puisque les articles exigent tout de même une action concrète. Cependant, celle-ci est tellement générale que la prééminence de l'élément finaliste atteint son plus haut degré, entraînant, avec elle, le risque de dérive. Certes, en période de menace terroriste, ces articles parent à toutes les éventualités. Les États sont ainsi assurés de pouvoir poursuivre toute action terroriste sans se heurter à un quelconque vide juridique.

Toutefois, l'aléa qui entoure l'interprétation de l'élément finaliste est toujours inquiétant pour la démocratie, surtout lorsque l'on doute de son degré de précision. L'emprise de l'infraction de terrorisme est ainsi portée à son paroxysme par les deux dispositions. La finalité poursuivie par le délinquant terroriste est automatiquement soumise à une interprétation subjective de la part des pouvoirs chargés de mettre en œuvre le texte pénal. Il reviendra donc au juge, en dernier lieu, de vérifier que l'assimilation à l'infraction de terrorisme est justifiée. Or, l'imprécision qui entoure l'application de cette donnée psychologique qu'est la finalité terroriste, dont la preuve s'avère plutôt aléatoire, pose de grosses difficultés que le temps n'a pas résolues. Certains y voient d'ailleurs déjà une atteinte au principe de sécurité juridique ²³⁰, dans la mesure où la preuve matérielle de l'infraction peut difficilement être donnée, puisqu'elle porte sur « l'intention de l'auteur projetée dans l'avenir » ²³¹.

Le contexte créé par un attentat terroriste ajoute aussi au risque d'interprétation divergente. Il n'y a aucune peine à imaginer qu'à la suite d'un attentat à la hauteur de ceux des 11 septembre 2001 aux États-Unis ou du 11 mars 2004 à Madrid, des juges ordinaires soient animés par une volonté de répression rigoureuse. La finalité pourrait alors être interprétée de manière plus *souple*, afin de trouver des coupables. De même, les États peuvent traverser des périodes sensibles en termes de conflits humains et le Gouvernement pourrait souhaiter maintenir le calme et voir, dans certaines manifestations de la pensée, un délit terroriste. Dans ce cas, l'infraction de terrorisme serait détournée de sa finalité propre. Si cela pouvait paraître impossible il y a encore quelques années, l'actualité récente prouve qu'une telle dérive est malheureusement possible ²³².

La définition de l'infraction de terrorisme met ainsi en lumière toutes les difficultés qu'elle suppose au regard de la nature protéiforme du phénomène qu'elle doit appréhender. Cette définition se construit ainsi en fonction de l'expérience que les États ont du terrorisme, avec le degré de risque pour la sécurité juridique qu'une méthode parfois empirique peut comporter.

²³⁰ A. ASUA BATARRITA, M. ALAVAREZ VIZCAYA, « La répression du terrorisme... », art. cit., p. 231.

²³¹ M-L. CESONI, « Terrorisme et involutions démocratiques », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2002, p.144-145.

²³² Depuis le mois de novembre 2008, plusieurs personnes ont été mises en examen pour appartenance à une association terroriste qui aurait endommagé des caténaires SNCF. Le présumé dirigeant de ce groupe, Julien Coupat, a été maintenu en détention provisoire pendant plus de six mois pour être finalement remis en liberté sous contrôle judiciaire, le 29 mai 2009. Beaucoup de voix se sont élevées pour contester la qualification terroriste des accusations à l'encontre de ce groupe.

Conclusion du Chapitre 1

Ainsi conçue, la définition juridique des actes de terrorisme souligne la gravité du phénomène au regard des fondements des États démocratiques ainsi que la difficulté de mettre en place une lutte efficace contre lui. Ces aspects imprègnent l'ensemble de la législation antiterroriste et lui confèrent une importance singulière. Il s'ensuit que lorsque les lois antiterroristes sont soumises à l'examen des juges constitutionnels, c'est certes un ensemble de dispositions législatives que ces derniers vont apprécier, mais c'est aussi, voire surtout, une politique majeure pour la survie de l'État qu'ils vont devoir éventuellement contrarier.

Il est entendu que le contrôle de constitutionnalité ne peut s'effacer, même devant un problème aussi sérieux que celui du terrorisme, en approuvant le contenu des lois *les yeux fermés*. Nonobstant, la solennité de la matière abordée par ces lois influence indéniablement le contrôle qui va se développer dans un cadre *différent* du cadre ordinaire.

L'objet même des lois antiterroristes fait glisser le contrôle de constitutionnalité dans une zone de tolérance plus importante, en dehors de laquelle ses spécificités devraient être occultées. Or, ce sont elles qui permettent au juge constitutionnel d'accepter le principe même de la mise en place de mesures dérogatoires au droit commun. Ces mesures imprègnent donc le contrôle de constitutionnalité en en conditionnant le cadre, sous le regard que l'on pourrait penser passif du juge constitutionnel, pour ensuite le modeler de sorte qu'il intègre une dose de flexibilité permettant d'absorber les imperfections et la sévérité des mesures antiterroristes, inhérentes à cette lutte.

L'adaptation du contrôle de constitutionnalité, induite par l'objet même de la législation déférée, va être également favorisée par le constat du caractère nécessaire, ou même obligatoire, de lutter contre le terrorisme.

Chapitre 2 :

L'incidence du cadre juridique du contrôle

Face à la dangerosité du phénomène terroriste, Gouvernements et législateurs doivent agir pour mettre en place une législation antiterroriste efficace, afin d'assurer la protection de l'État et de rassurer la majorité de l'opinion publique.

Leur action a systématiquement été reconnue par les juges constitutionnels, qui en ont souligné la nécessité de manière unanime, bien que l'action étatique n'ait pas toujours été fondée sur une disposition constitutionnelle spécifique au terrorisme.

En effet, seul le législateur organique espagnol a pu bénéficier d'une compétence expresse en vertu de la volonté des constituants d'inscrire la lutte contre ce fléau au sein même de la Constitution. Le législateur français et le Gouvernement italien ont réagi, quant à eux, sur la base de leurs compétences générales en matière d'aménagement des droits fondamentaux pour le premier, de la gestion des situations de nécessité et d'urgence pour le second.

La mise en place d'une législation appropriée au phénomène terroriste correspond pourtant à l'instauration de régimes dérogatoires sévères pour les droits fondamentaux. La perversité du phénomène exige en effet un aménagement conséquent de la sphère de liberté des individus, puisque le terrorisme a pour caractéristique d'exploiter tous les *avantages* qu'offrent les démocraties à leurs citoyens pour se développer. L'utilisation de l'ensemble des espaces de libertés des individus oblige, en conséquence, les pouvoirs publics à réduire ces espaces de manière significative, pour prévenir au mieux les projets d'attentat et réprimer suffisamment les coupables pour dissuader les futurs candidats terroristes.

Ainsi, en légitimant l'action législative en matière de terrorisme, sur le principe, les juges constitutionnels confortent les législateurs dans ce processus de diminution de l'exercice des droits et libertés des individus et admettent le bien-fondé de l'instauration de régimes dérogatoires pour les droits fondamentaux. Par cette reconnaissance, les juges constitutionnels s'engagent à modifier le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois antiterroristes pour l'adapter au terrorisme. Ils prennent acte de la sévérité avec laquelle les lois sont pensées. Ils approuvent le fait que les lois antiterroristes puissent exprimer un degré de restriction plus élevé pour les droits fondamentaux que celui qu'ils tolèrent d'ordinaire.

Le contrôle de constitutionnalité évolue donc dans un autre cadre de contrôle, capable d'absorber les limitations plus sévères des droits fondamentaux, dans lequel la jurisprudence classique en matière de droits fondamentaux n'a pas sa place.

Tout en adoptant une position similaire, les juges constitutionnels ne sont tout de même pas placés sur le même pied d'égalité. Le Tribunal constitutionnel espagnol s'est montré affirmatif et a fourni des arguments de choix à l'ensemble de ce processus, en raison de la constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme (**Section 1**). La tâche du Conseil constitutionnel français et de la Cour constitutionnelle italienne a été plus ardue. Tous deux ont en effet dû combler le silence des Constitutions sur la question terroriste (**Section 2**).

Section 1 – La reconnaissance textuelle de la nécessité de lutter contre le terrorisme en Espagne

En Espagne, la limitation des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme est directement autorisée par la Constitution. L'article 55-2, alinéa 1^{er}, du texte dispose ainsi qu'« une loi organique pourra déterminer la forme et les cas dans lesquels, de façon individuelle et avec la nécessaire intervention judiciaire et le contrôle parlementaire adéquat, les droits reconnus aux articles 17, al. 2 et 18, al. 2 et 3, peuvent être suspendus pour des personnes déterminées, en relation avec les investigations correspondant aux agissements de bandes armées ou d'éléments terroristes ». Il précise, dans son alinéa 2, que « l'utilisation injustifiée ou abusive des facultés reconnues dans ladite loi organique relèvera de la responsabilité pénale, en tant que violation des droits et libertés reconnus par les lois ».

Cette autorisation constitutionnelle de limiter les droits fondamentaux traduit le profond souci des constituants d'offrir au législateur les moyens de lutter contre ce qu'ils considéraient, à l'époque de la rédaction du texte, comme un véritable fléau (§ 1). Le choix de constitutionnaliser la suspension des droits fondamentaux ne s'est toutefois pas fait sans soulever quelques perplexités, que le Tribunal constitutionnel a rapidement évacuées (§ 2).

§ 1 – La volonté constitutionnelle de lutter contre le terrorisme

En offrant au Gouvernement les moyens « de faire face à une situation d'urgence née de l'activité des bandes armées ou d'éléments terroristes »²³³, l'article 55-2 de la Constitution espagnole légitime au plus haut niveau le mécanisme de suspension des droits fondamentaux.

Les rédacteurs de la Constitution de 1978 voulaient donner ainsi à la lutte contre le terrorisme un caractère solennel, car elle représentait pour eux une véritable priorité – voire une obligation. Cela dit, le consensus autour des modalités qui devaient entourer cette lutte était plus faible. Le processus au terme duquel la disposition constitutionnelle a atteint sa rédaction finale illustre bien les incertitudes des constituants sur ce point. Il donne même l'impression que la constitutionnalisation de la suspension des droits fondamentaux est, en quelque sorte, le fruit du hasard (A).

L'article 55-2 est donc la première disposition constitutionnelle originale qui, d'une part, consacre la lutte contre le terrorisme et, d'autre part, autorise la suspension des droits fondamentaux à cette fin (B).

A. L'origine de la disposition

La prise en compte du terrorisme au sein même du texte constitutionnel est peu surprenante lorsque l'on sait que le territoire espagnol a toujours été régulièrement frappé par les attentats²³⁴. D'une manière générale, cette insertion a été assimilée à une preuve de *réalisme constitutionnel*, car il était tout à fait « raisonnable que la Constitution d'un peuple dont la vie publique a, de nombreuses années durant, été frappée par le terrorisme, prenne en compte l'existence de ce phénomène au moment d'établir les normes qui configurent le statut de la liberté »²³⁵.

Pour les constituants, cette prévision avait pour objectif de conjurer, au niveau constitutionnel, le grave problème que représentait – à l'époque mais aujourd'hui encore, bien que sous une autre forme – le terrorisme en Espagne. Leur but était de trouver une solution pour interrompre la spirale de violence, qui « non

²³³ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 4.

²³⁴ À l'origine d'ailleurs, il s'agissait essentiellement d'attentats réalisés par les mouvements séparatistes basques et catalans. Ce n'est que plus récemment, avec les attentats du 11 mars 2004 à Madrid, que le terrorisme a pris un visage international en Espagne.

²³⁵ J.-J. SOLOZABAL ECHAVARRIA, « Rapport espagnol – Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, 2002, p. 151-152.

seulement empêchait la démocratie de fonctionner, en tant que régime politique ou technique de gouvernement, mais aussi détruisait automatiquement toute tentative de vie en société dans un espace civilisé »²³⁶. En outre, les rédacteurs de la Constitution estimaient fournir à l'opposition un *status legal* convenable pour que celle-ci offre au pays une alternative de gouvernement et, dans ce cadre, il était absolument impensable que la violence soit utilisée pour se faire entendre sur la scène politique²³⁷.

Leur préoccupation majeure était d'affaiblir de manière nette tous ceux qui, aveuglés par le fétichisme de leurs finalités, oublient la morale qui les entoure et succombent à la tentation de la violence²³⁸. Lors du vote du texte devant le Sénat, il fut d'ailleurs souligné qu'aussi regrettable que cela puisse paraître, « il est absolument indispensable de doter le Gouvernement des moyens législatifs adéquats pour lutter contre la *grave plaie* du terrorisme »²³⁹.

Ce constat venait mettre un terme à une série de polémiques autour du bien-fondé de la constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme. En effet, quelques voix mettaient en doute le fait qu'une simple disposition constitutionnelle puisse suffire à éradiquer le terrorisme²⁴⁰. La question peut, il est vrai, se poser. Les constituants semblent y avoir néanmoins répondu, en adoptant un concept « thaumaturgique » de la Constitution²⁴¹. Pour F. Fernandez Segado, il serait toutefois ingénu de croire qu'une norme juridique peut éradiquer, à elle seule, la violence terroriste, tout comme il ne faudrait pas non plus oublier que « l'État de droit doit aborder l'article 55-2 de la Constitution espagnole comme une mesure politique que la loi exécute, et lorsque l'excès de violence exige des formules exceptionnelles, celles-ci doivent être obligatoires »²⁴². De même, il doit exister « un cadre normatif approprié pour les mettre en œuvre »²⁴³.

²³⁶ F. FERNÁNDEZ SEGADO, « La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales », *R.E.P.*, n° 33, 1983, p. 124-125. L'auteur précise que la lutte contre le terrorisme était depuis longtemps perçue comme une nécessité indispensable à la survie de l'État, à l'existence stable et durable d'un régime démocratique, au développement harmonieux de la vie en société (p. 134).

²³⁷ O. ALZAGA VILLAAMIL, *La Constitución española de 1978. Comentario sistematico*, Madrid, El Foro, 1978, p. 361-362 cité par F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Ibid.*, p. 124-125.

²³⁸ *Ibid.*, p. 134.

²³⁹ Intervention du sénateur socialiste Ramos FERNÁNDEZ-TORECILLA, *D.S.S.*, núm. 47, du 31 août 1978, p. 2139, c'est nous qui nous soulignons.

²⁴⁰ P. LUCAS VERDU, *Constitución española. edición comentada*, Madrid, CEC, 1979, p. 147.

²⁴¹ F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Ibid.*

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ F. FERNÁNDEZ SEGADO, « Artículo 55 : Suspensión de derechos », in O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tome IV, Madrid, Cortes generales Editoriales de derecho reunidas, 1996, p. 628.

L'auteur rappelle à ce propos l'intervention du représentant du Groupe Parlementaire Mixte, Tierno Galvan, lors des débats sur la loi organique 56/1978²⁴⁴, qui s'exprimait ainsi : « Une loi ne peut, à elle seule, pacifier la situation de violence et de terreur dans une communauté si elle n'est pas accompagnée, non seulement de décisions politiques, mais aussi d'un mouvement de développement et de croissance d'une activité qui convienne, s'affirme et se coordonne avec les attitudes d'un Gouvernement qui tente le grand chantier de ramener la tranquillité dans le pays et de dépasser les désordres publics. » En rédigeant l'article 55-2 de la Constitution espagnole, les Constituants ne pouvaient certes pas affirmer que cette simple et unique disposition constitutionnelle aurait l'effet escompté. Ils espéraient, néanmoins, impulser un mouvement global d'action au sein de la société espagnole, à tous les niveaux de l'État, et marquer ainsi une profonde fermeté de leur part de ne plus accepter les attaques terroristes dans le texte le plus sacré de l'ordonnancement.

Un consensus fort est finalement né pour l'insertion symbolique de la lutte contre le terrorisme au cœur de la Constitution, en espérant que cela mettrait fin aux années sombres que l'Espagne avait connues. En revanche, ce consensus était plus faible autour des modalités qui devaient entourer cette lutte. Le processus au terme duquel la disposition constitutionnelle a atteint sa rédaction actuelle est très intéressant et illustre comment le choix du mécanisme de suspension des droits fondamentaux relève du hasard.

Dans la première rédaction du texte constitutionnel, que les auteurs dénomment le « brouillon », et celle de l'avant-projet²⁴⁵, la privation temporaire d'une série de droits et libertés était envisagée pour des raisons de sécurité de l'État, ou bien pour protéger la morale et les droits et libertés de l'ensemble des citoyens. Or, cette privation s'interprétait comme un jugement sans appel et une peine accessoire : en se référant à différentes hypothèses, assez variées, cette mesure manquait véritablement de clarté et certains constituants s'étaient élevés pour que la privation des droits soit plutôt réalisée en relation exclusive avec les peines accessoires du code pénal. Cette mesure cristallisait alors autour d'elle une vive incompréhension, notamment du fait que l'évocation du droit d'enseignement ou de la liberté d'expression, ou encore l'allusion aux raisons de sécurité d'État et de protection de la morale, n'apparaissaient que peu liées au mécanisme de justice pénale.

Dans ce contexte, neuf amendements furent présentés en vue de la suppression de cette disposition. Mais le rapport final de la commission maintint la

²⁴⁴ D.S.C.D. n° 118, session plénière, n° 44 du 27 juillet 1978, p. 4698-4699.

²⁴⁵ B.O.C. n° 44 du 5 janvier 1978.

rédaction de l'avant-projet. Il faudra attendre les débats devant la Commission des affaires constitutionnelles du Congrès (*Asuntos Constitucionales*) pour que la rédaction du texte connaisse un tournant radical. Un amendement *in voce* fut souscrit par six groupes parlementaires, afin de substituer à la rédaction initiale du précepte un nouveau dispositif qui est, en définitive, le texte actuel de l'article 55-2 de la Constitution espagnole.

Pour F. Fernandez Segado ²⁴⁶, la modification si substantielle d'une disposition doit forcément être mise en relation avec l'élaboration, à cette date, du projet de loi relatif aux délits commis par des groupes ou des bandes armées, qui deviendra la loi 56/1978. Pour cet auteur, il est en effet très significatif que le changement brutal de rédaction ait eu lieu au cours de la session de la commission du 23 mai, alors que le Cabinet tenait prêt le projet de la loi 56/1978 pour son examen à la chambre basse. Le changement de position au sein de la Commission arriva donc quasiment au moment de l'approbation d'un projet de loi par le Gouvernement qui, en principe, pouvait déjà être considéré comme un développement du nouveau paragraphe 2 de l'article 55 de la Constitution espagnole.

La Constitution espagnole a ainsi été adoptée avec le texte de l'article 55-2 que nous lui connaissons, sans que la mise en place du mécanisme de suspension des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme soit le résultat d'une volonté affirmée de l'ensemble des constituants. Or, cette mesure de limitation des droits pouvait légitimement soulever quelques doutes. Si la constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme se justifiait facilement par l'histoire du territoire, celle d'une mesure si sévère pour les droits était plus problématique en raison de la permanence qu'elle lui conférait dans un État démocratique, d'autant plus que l'histoire constitutionnelle espagnole comme le droit comparé n'offraient de terrain de comparaison possible avec une telle mesure ²⁴⁷.

B. L'originalité de la disposition

Jusqu'en 1978, malgré une manifestation ancienne du terrorisme sur le sol espagnol, le combat contre le phénomène a toujours été mené sur le seul plan

²⁴⁶ F. FERNÁNDEZ SEGADO, « Artículo 55... », art. cit., p. 630.

²⁴⁷ F. J. BOBILLO, « Constitucion y legislacion antiterrorista », *Revista de Estudios Políticos* (Nueva epoca), Noviembre-Diciembre 1985, núm. 48, p. 65-66.

législatif²⁴⁸. Avant cette date, aucune Constitution n'a contenu de dispositions relatives au terrorisme.

Au moment de la rédaction et de l'adoption de la Constitution espagnole de 1978, certains pays européens, qui avaient déjà été confrontés au terrorisme, ont adopté des textes *sur mesure* pour lutter contre lui. Ce mouvement normatif, impulsé par l'adoption de la Convention européenne pour la répression du terrorisme dans le cadre du Conseil de l'Europe en 1977, s'est le plus souvent illustré au niveau national par l'adoption de dispositions *législatives* ordinaires, qui organisaient la restriction de l'exercice des droits fondamentaux pour les citoyens²⁴⁹.

Ainsi, même si certains de ces textes instituaient des dispositions sévères pour les droits fondamentaux pour lutter contre le terrorisme, aucune n'apparaissait au cœur du texte constitutionnel.

En revanche, la Constitution espagnole n'est pas la seule à prévoir explicitement des mesures aussi sévères que celle de la suspension des droits. Deux autres Constitutions en prévoient également.

Ainsi, les articles 18 et 19 de la Loi fondamentale allemande²⁵⁰ organisent respectivement la déchéance et la restriction des droits dans des conditions précises. Le premier de ces préceptes a souvent été considéré comme ayant servi de schéma pour la rédaction de l'article espagnol du fait qu'il conditionne la déchéance des droits à l'abus qui peut en être fait pour combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique. Cependant, cette filiation n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine espagnole²⁵¹, qui avance des arguments de poids pour distinguer les deux articles²⁵²

²⁴⁸ On peut considérer que la réglementation espagnole antiterroriste a commencé dans les années 1970 : ont ainsi été adoptés deux lois du 15 novembre 1971, le décret-loi du 22 août 1975 sur la prévention du terrorisme révisé par le décret-loi du 18 février 1976 et abrogé par le décret-loi Royal 3/1979 du 26 janvier sur la protection de la sécurité des citoyens et le décret-loi Royal 3/1977 du 4 janvier relatif à la compétence juridictionnelle en matière de terrorisme.

²⁴⁹ Comme cela est le cas pour la France et l'Italie (v. *infra* § 2). Parmi les autres pays européens, l'Allemagne a adopté tout un arsenal de mesures antiterroristes à partir de 1974, qui se sont, pour l'essentiel, intégrées au code pénal ; le Parlement de Grande Bretagne a adopté le *Northen Ireland (Emergency Provisions) Act* en 1973, d'application limitée à l'Irlande du Nord, puis *The prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act* de 1974, d'application générale à l'ensemble du Royaume-Uni.

²⁵⁰ Article 18 de la Loi Fondamentale : « Quiconque abuse de la liberté d'expression des opinions, notamment de la liberté de la presse (art. 5, al. 1), de la liberté de l'enseignement (art. 5, al. 3), de la liberté de réunion (art. 8), de la liberté d'association (art. 9), du secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications (art. 10), de la propriété (art. 14) ou du droit d'asile (art. 16a) pour combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, est déchu de ces droits fondamentaux. La déchéance et son étendue sont prononcées par la Cour constitutionnelle fédérale. » Article 19 de la Loi Fondamentale : « 1) Lorsque, d'après la présente Loi fondamentale, un droit fondamental peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi, cette loi doit valoir de manière générale et non seulement pour un cas particulier. 2) La loi doit en outre énoncer le droit fondamental avec indication de l'article concerné [...]. »

²⁵¹ M. DARANAS, *Las Constituciones Europeas*, I, Madrid, 1979, p. 64 cité par F. FERNÁNDEZ SEGADO, « Artículo 55 ... », art. cit., p. 604; F. J. BOBILLO, « Constitución ... », art. cit., p. 65-66; J. DE ESTEBAN et

La Constitution portugaise, quant à elle, autorise, à l'article 19²⁵³, la suspension des droits, des libertés et des garanties, dans les seules hypothèses d'état de siège et d'état d'urgence. Elle rejoint, sur ce point, l'article 55-1 de la Constitution espagnole, mais se distingue de l'article 55-2 en occultant le domaine précis de la lutte contre le terrorisme.

La constitutionnalisation de la suspension individuelle de certains droits fondamentaux, en 1978, aurait donc pu se justifier par des mesures similaires dans les textes constitutionnels allemand et portugais.

L. LOPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, tome I, Barcelone, Ed. Labor, 1980, p. 232. Sur les similitudes relevées entre les deux articles v. VARIOS AUTORES, *Constitución española. Edición comentada*, Madrid, 1979, p. 146-147; GÓMEZ REINO, « Las libertades públicas en la Constitución » in *Lecturas sobre la Constitución española*, tome I, Madrid, UNED, 1978, p. 65 ; F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Ed. Civitas, 1980, p. 606 (cité par F.J. BOBILLO, *Ibid.*).

²⁵² Pour Lucas Verdú, l'article 55-2 pose la question de l'abus des droits fondamentaux tel que prévu par la Loi Fondamentale de Bonn. Ce lien créerait une filiation certaine entre les deux textes. F. Fernandez Segado propose, en revanche, une autre lecture des deux articles. Il note tout d'abord que beaucoup d'auteurs ont considéré cette filiation peu opportune, notamment parce qu'il existe des divergences entre les deux préceptes, tant en ce que l'article allemand se réfère à l'organe qui doit autoriser la suspension que dans la finalité qu'il poursuit. La doctrine a ensuite souligné que l'article espagnol est une mesure singulière, alors que l'article allemand est une limite spécifique de caractère général et ne doit pas être mise en application par une loi. Ce n'est donc pas une mesure de suspension, mais une limite spéciale qui s'ajoute aux limites générales. Enfin, il estime que le droit s'achève là où l'abus commence, ou en ce qu'il menace l'ordre général. La Loi Fondamentale envisage la privation de droits dans l'hypothèse de l'abus de ces mêmes droits, alors que la Constitution espagnole prévoit la suspension en raison d'une menace de l'ordre général (F. FERNÁNDEZ SEGADO, « Artículo 55 ... » art. cit., p. 634. V. également F. FERNÁNDEZ SEGADO, « La suspensión individual... », art. cit., p. 125 et s.).

²⁵³ Art. 19 de la Constitution portugaise : « Suspension de l'exercice des droits » : « 1. Les organes de souveraineté ne peuvent, conjointement ou séparément, suspendre l'exercice des droits, des libertés et des garanties, sauf en cas d'état de siège ou d'état d'urgence, déclarés dans les formes prévues par la Constitution. 2. L'état de siège ou l'état d'urgence ne peuvent être déclarés, sur la totalité ou sur une partie du territoire national, que dans les cas d'agression effective ou imminente par des forces étrangères, de grave menace ou de perturbation de l'ordre constitutionnel démocratique ou de calamité publique. 3. L'état d'urgence est déclaré quand les faits répondant aux conditions indiquées au paragraphe précédent présentent un degré de gravité moindre. Il ne peut provoquer la suspension que de quelques droits, libertés et garanties susceptibles d'être suspendus. 4. Le choix de l'état de siège ou de l'état d'urgence, ainsi que leur déclaration et leur exécution, doivent respecter le principe de la proportionnalité. Leur étendue, leur durée et les moyens utilisés doivent être limités au strict nécessaire pour le rapide rétablissement de la normalité constitutionnelle. 5. La déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence est dûment motivée et énonce les droits, les libertés et les garanties dont l'exercice est suspendu. Elle ne peut porter sur une période supérieure à quinze jours, ou à la durée légale quand elle est consécutive à la déclaration de guerre, sans préjudice des éventuelles prorogations pour une période limitée et de la même façon. 6. La déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence ne peut en aucun cas porter atteinte au droit à la vie, à l'intégrité physique, à l'identité de la personne, à la capacité civile et à la citoyenneté, au principe de non rétroactivité de la loi pénale, au droit des inculpés à la défense et à la liberté de conscience et de religion. 7. La déclaration d'état de siège ou d'état d'urgence ne peut modifier la normalité constitutionnelle que dans les conditions prévues par la Constitution et par la loi. Elle ne peut notamment remettre en cause l'application des normes constitutionnelles relatives à la compétence et au fonctionnement des organes de souveraineté et du gouvernement des régions autonomes ou les droits et immunités de leurs membres. 8. La déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence confère aux autorités la compétence leur permettant de prendre les mesures nécessaires et appropriées au rapide rétablissement de la normalité constitutionnelle. »

Cependant, la Constitution espagnole reste un modèle unique, sans précédent en droit comparé, en étant le premier texte de cette nature à aborder la question terroriste et à prévoir la possibilité, pour le législateur, de suspendre certains droits fondamentaux dans le cadre exclusif de la lutte contre ce phénomène.

Cette position isolée, qui se justifie essentiellement par les circonstances ayant entouré la naissance de la Constitution²⁵⁴, risquait fort d'être longuement critiquée si le Tribunal constitutionnel n'était pas venu *asseoir* le choix des Constituants.

§ 2 – L'adhésion du Tribunal constitutionnel à la lutte contre le terrorisme

Le Tribunal constitutionnel a reconnu l'originalité du mécanisme de suspension des droits fondamentaux tel que prévu à l'article 55-2 de la Constitution espagnole, en admettant qu'il s'agissait d'un mécanisme « sans précédent dans [l']histoire constitutionnelle [espagnole] qui trouvait cependant des équivalents variés en droit comparé »²⁵⁵. Régulièrement saisi des nouvelles lois organiques mettant en œuvre cet article, le juge espagnol a, dès sa première décision, justifié le principe même de la limitation des droits (A) et il a, par ailleurs, rapidement mis au point une jurisprudence solide en la matière (B).

A. L'admission du principe de la limitation des droits fondamentaux

Alors qu'il était saisi de l'examen de la constitutionnalité de la première loi antiterroriste adoptée sur la base de l'article 55-2 de la Constitution, après l'entrée en vigueur du nouveau texte, la loi organique 11/1980²⁵⁶, le Tribunal constitutionnel s'est prononcé en faveur du bien-fondé de la suspension des droits fondamentaux reconnue à l'article 55-2 de la Constitution espagnole.

Le raisonnement des juges constitutionnels dans la décision 25/1981 fournit une large justification au mécanisme de suspension des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, alors que l'examen du recours – qui les conduisait vers un rejet de ce dernier – aurait pu s'exprimer de manière beaucoup

²⁵⁴ L. SANCHEZ AGESTA, *El sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 1980, p. 179-180.

²⁵⁵ *STC 71/1994*, cons. en droit n° 5.

²⁵⁶ Loi organique 11/1980 du 1^{er} décembre, *B.O.E.*, n° 289, p. 26645-26646.

plus condensée. Ce souci de précision s'explique, en partie, par le domaine sensible visé par la loi déferée, la modification substantielle du régime des droits fondamentaux que celle-ci entraînait et, aussi, par le fait qu'il s'agissait, en l'espèce, de la première saisine du Tribunal constitutionnel par le Parlement d'une Communauté autonome.

Le Parlement basque avait déferé ce texte au contrôle de constitutionnalité au motif qu'il portait atteinte à son autonomie. Il considérait en effet que la suspension des droits mise en œuvre par la loi organique affectait fondamentalement les citoyens de la Communauté autonome basque puisque « la majeure partie des actions entrant dans son champ d'application [de la loi organique] étaient réalisées sur cette partie du territoire »²⁵⁷. Le requérant développait ensuite toute une série de griefs à l'encontre de la plupart des articles du texte législatif.

Le Tribunal constitutionnel ne les a cependant pas examinés. À l'issue d'un raisonnement fourni, il a constaté que la loi organique 11/1980 ne portait pas atteinte à l'autonomie du Parlement basque et, en conséquence, a rejeté le recours.

Cependant, le requérant invoquait la limitation des droits fondamentaux par la loi organique déferée comme étant la cause de l'atteinte à sa sphère de compétences²⁵⁸. Le Tribunal espagnol a ainsi été obligé d'affronter la délicate question de savoir qui était l'organe compétent pour procéder à la suspension des droits fondamentaux dans l'État autonome pour, finalement, conclure à la compétence du législateur national. Le raisonnement des juges s'est ainsi centré sur l'analyse de l'origine de la disposition et de sa raison d'être. Pour la première fois depuis sa création, le Tribunal constitutionnel a évoqué le concept de la double nature ou double dimension des droits fondamentaux.

Le Tribunal constitutionnel a commencé par déclarer que la Constitution avait réservé aux *Cortes* tout ce qui concernait le développement des droits fondamentaux et des libertés publiques « qui constituent le fondement même de l'ordre politico-juridique de l'État dans son ensemble », tout comme elle leur avait également réservé « leur éventuelle suspension sur la base de l'article 55-2 », article de la Constitution qui a servi de fondement à la loi organique déferée en l'espèce.

Cette interprétation de la Constitution se déduit, selon lui, de la double dimension des droits fondamentaux, dimension à la fois subjective et objective.

Ces derniers possèdent en effet une structure juridique qui se compose, d'une part, de leur caractère de droits subjectifs au sens classique du terme et, d'autre part,

²⁵⁷ STC 25/1981, cons. *en fait* n° 2.

²⁵⁸ Pour trancher le recours, le Tribunal constitutionnel devait donc se prononcer sur la capacité du Parlement basque à former un recours devant lui et, par conséquent, étudier le lien entre la loi organique et le domaine d'autonomie de la Communauté autonome basque.

de leur caractère objectif. En d'autres termes, les droits fondamentaux seraient à la fois les droits de chaque citoyen espagnol – et ils sont, à ce titre, revendiqués comme tels – mais ils sont aussi un élément de définition de l'État de droit.

Pour la juridiction constitutionnelle, cet aspect se dégage du texte fondateur de l'État espagnol, mais aussi de textes internationaux.

Ainsi au niveau national, la double dimension des droits se déduirait de l'esprit des constituants tel qu'exprimé à l'article 10, alinéa 1^{er}, de la Constitution en vertu duquel « la dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui sont le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale ».

Au niveau international, elle se retrouverait dans le texte de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH)²⁵⁹ ou, encore, de la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH), adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe²⁶⁰.

Le Tribunal constitutionnel poursuit en explicitant chacune de ces deux faces d'un même droit.

Dans leur dimension subjective, les droits fondamentaux sont « les droits de chaque individu, non seulement parce qu'ils constituent les droits des citoyens au sens strict du terme, mais aussi parce qu'ils garantissent un statut juridique ou la liberté dans un domaine de l'existence ».

Dans leur dimension objective, ils sont « des éléments essentiels d'un ordonnancement objectif de la communauté nationale, dès lors que celle-ci se matérialise comme un signe d'une volonté de vivre ensemble, humaine, juste et pacifique, qui s'exprime historiquement par l'État de droit et, plus tard, par l'État social de Droit ou l'État social et démocratique de Droit, selon la formule de notre Constitution²⁶¹ ».

Ce second aspect de la dimension des droits est essentiel pour le juge constitutionnel, car « dans cette fonction [*de contenu essentiel de l'ordonnancement*], les

²⁵⁹ Le Tribunal constitutionnel renvoie au premier paragraphe du Préambule de la DUDH : « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. »

²⁶⁰ Le Tribunal constitutionnel cite le quatrième paragraphe du Préambule de la CESDH : « Réaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde, et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament. »

²⁶¹ *STC* 25/1981, cons. en droit n° 5 et extrait de la décision n° 8. Le Tribunal constitutionnel renvoie ici à l'article 1^{er}, al. 1^{er}, de la Constitution espagnole pour soutenir son analyse : « L'Espagne se constitue en un État de droit social et démocratique qui défend comme valeurs supérieures de son ordre juridique la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique. »

droits fondamentaux ne sont pas affectés par la structure fédérale, régionale ou autonome de l'État [...] les droits fondamentaux sont un élément unificateur, parce qu'ils constituent le fondement d'un statut juridico-constitutionnel unitaire pour tous les Espagnols et parce qu'ils sont décisifs pour la configuration de l'ordre démocratique dans l'État central et dans les Communautés autonomes [...] ». Il considère ainsi que les droits fondamentaux représentent « un patrimoine commun des citoyens individuellement et collectivement », qu'ils sont « constitutifs de l'ordonnancement juridique, qui s'exprime avec la même vigueur pour tous. Ils établissent donc un lien direct entre les individus et l'État et agissent comme un fondement de l'unité politique sans qu'il soit besoin d'aucune médiation » ²⁶².

Cela amène le Tribunal à juger que « l'éventuelle limitation ou suspension des droits fondamentaux possède aussi une dimension nationale », en conséquence de quoi, la compétence de restreindre les droits revient au législateur national. Il écarte, par ce biais, le moyen soulevé par le Parlement basque.

Pour autant, le Tribunal constitutionnel espagnol ne s'arrête pas là et poursuit son raisonnement en justifiant le bien-fondé des mesures restrictives des droits. Il considère en effet que « dans une démocratie, la limitation ou suspension des droits fondamentaux ne se justifie que par la volonté de défendre ces mêmes droits lorsqu'ils sont menacés par une situation exceptionnelle ». Autrement dit, « lorsque certaines actions déterminées, d'une part, limitent ou empêchent de fait l'exercice des droits fondamentaux, en tant que droits subjectifs pour la majorité des citoyens et, d'autre part, mettent en danger l'ordonnancement objectif de la communauté nationale, c'est-à-dire, l'État démocratique » ²⁶³.

Cette réflexion est cruciale pour la conception des mesures limitatives des droits, en général, et dans la lutte contre le terrorisme, en particulier, parce que le terrorisme est une de ces actions auxquelles le juge espagnol se réfère, qui menace l'exercice des droits par chacun des citoyens et l'ordre constitutionnel dans sa globalité.

En l'espèce, le Tribunal constitutionnel veut exprimer le fait que les mesures de restrictions des droits fondamentaux adoptées sur le fondement de l'article 55-2 sont justifiées – voire indispensables – parce qu'elles permettent de sauvegarder, en

²⁶² STC 25/1981, cons. en droit n° 5 et extrait de la décision n° 9.

²⁶³ STC 25/1981 et F. FERNANDEZ SEGADO, « La suspension individual... », art. cit., p. 125. Pour une approche comparable, voir la position de la Cour constitutionnelle italienne dans son arrêt n°2 de 1956, rendu à propos de la résurgence de mesures de prévention, non prévues par le texte constitutionnel et dont la Cour légitime l'existence. L'objectif principal de ces mesures doit résider dans la préservation de la sûreté : « situation dans laquelle il est assuré, autant qu'il est possible de le faire, aux citoyens l'exercice paisible des droits de liberté. » Ce qui importe est que le citoyen puisse « développer son activité licite sans être menacé par des atteintes à sa personnalité physique et morale : c'est "la vie civile ordonnée" qui, indubitablement, est l'objectif d'un État de droit libre et démocratique » (*Sent.* n° 2 de 1956, *Giur. cost.*, 1956, p. 565-566).

premier lieu, la dimension objective des droits, soit l'ordonnancement lui-même et, en conséquence, la dimension individuelle de ces mêmes droits. Sans ces mesures limitatives, aucune des deux dimensions ne pourrait *survivre* aux attaques, terroristes notamment, et cela conduirait à la disparition totale des libertés. Ce *couplage* que le Tribunal constitutionnel opère entre la protection de l'ordonnancement et l'exercice des libertés – que l'on retrouvera dans la décision du Conseil constitutionnel du 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* – permet au juge constitutionnel espagnol de tolérer les atteintes aux droits car ce n'est qu'en limitant ces derniers en certaines circonstances qu'ils vont pouvoir subsister à l'avenir.

Dans des cas précis, la limitation des droits fondamentaux – qui peut être conceptualisée à travers une suspension de leur exercice – se révèle être nécessaire à leur survie. Nul doute que les actions terroristes font partie de ces cas précis.

Pour le juge constitutionnel, il est donc évident que c'est en ces termes que les Constituants ont pensé la mesure de l'article 55-2 de la Constitution : ils voulaient une action *forte* pour ceux qui, par leur action, mettaient en danger et tentaient de nuire aux droits fondamentaux dans leurs deux aspects.

La suspension des droits fondamentaux est ainsi apparue comme le moyen approprié pour parvenir à cet objectif en 1978. Souhaitant cependant éviter de sombrer dans la généralisation de telles restrictions, ce qui aurait inexorablement porté préjudice à l'ensemble des citoyens qui ne sont pas concernés par de telles actions, la suspension prévue à l'article 55-2 de la Constitution espagnole a été qualifiée d'*individuelle* et limitée à certains droits.

Le cantonnement de la mesure de suspension n'a pas empêché que certaines critiques soient formulées au regard des risques de dérives inhérents à la mise en œuvre du mécanisme. Il a, en effet, très vite été souligné que, pour être constitutionnelle, la mesure devait être appliquée avec la plus grande attention. Or, cette application se révèle être des plus aléatoires.

D'une part, elle pourrait être utilisée au-delà de la *stricte finalité* qu'ont voulu lui conférer les constituants et être interprétée, ainsi, comme une véritable habilitation à restreindre les droits fondamentaux ²⁶⁴. Elle serait donc une arme dangereuse et pourrait causer un grave danger pour la démocratie s'il en était fait un usage abusif et indiscriminé ²⁶⁵.

D'autre part, sa mise en œuvre demande un dosage subtil puisqu'en tant que norme qui autorise la suspension individuelle de certains droits, elle exige aussi que

²⁶⁴ J-J. SOLOZABAL ECHAVARRIA, « Rapport espagnol –Table ronde... », art. cit., p. 152

²⁶⁵ J. DE ESTEBAN, L. LOPEZ GUERRA, *El régimen constitucional...*, *op. cit.*, p. 134.

la suspension soit entourée de toutes les garanties nécessaires pour assurer la liberté générale de l'individu.

Si la décision 25/1981 du Tribunal constitutionnel espagnol a pu, pour un temps, apaiser ces critiques en légitimant la mesure de suspension des droits, elle ne les a pas évacuées. D'ailleurs, les inconvénients et les difficultés avancés par les détracteurs de la disposition constitutionnelle se sont traduits par un nombre important de lois promulguées pour mettre en œuvre l'article 55-2, et par un nombre tout aussi important de recours intentés contre ces normes législatives auprès du Tribunal constitutionnel ²⁶⁶. Ce dernier a néanmoins toujours maintenu sa position. Il a sans cesse rappelé la nécessité d'une telle mesure dans l'ordonnancement.

B. La constance de la jurisprudence constitutionnelle

Dans le cadre de l'application de l'article 55-2 de la Constitution, le Tribunal constitutionnel a déclaré, dans sa décision 25/1981, que la question de la limitation des droits fondamentaux est un des problèmes les plus complexes que les démocraties et les organisations internationales doivent affronter. En effet, le Tribunal a constaté que « les Constitutions et les législations internes » ont tenté de trouver une solution, tout comme la Convention européenne des droits de l'homme ²⁶⁷ a pu le faire également. Il a conclu que « la Constitution espagnole l'a, quant à elle, trouvée dans les termes de l'article 55-2 » ²⁶⁸.

En légitimant la limitation des droits fondamentaux en raison de leur double nature dans la décision 25/1981, le Tribunal constitutionnel valide cette solution et, par la même, la compétence du législateur national à suspendre certains droits sur l'ensemble du territoire dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

Le Tribunal a, par la suite, régulièrement confirmé cette position dans sa jurisprudence, en rappelant notamment que le terrorisme crée des « situations qui légitiment le législateur à suspendre des droits » car « les moyens ordinaires ne suffisent pas à lutter contre le terrorisme » ²⁶⁹.

²⁶⁶ Cf. J.-J. SOLOZABAL ECHAVARRIA, *Ibid.*

²⁶⁷ STC 25/1981, cons. en droit n° 5. Le Tribunal constitutionnel cite notamment les articles 8.2 et 9.2 de la Conv.EDH. Ces articles évoquent les conditions *strictes* dans lesquelles les droits fondamentaux qu'ils proclament peuvent être limités. L'article 9 .2, par exemple, stipule que « la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

²⁶⁸ STC 25/1981, cons. en droit n° 5.

²⁶⁹ STC 199/1987, cons. en droit n° 4.

La détermination des rédacteurs de la Constitution à adopter une mesure efficace pour lutter contre le phénomène terroriste présente deux avantages majeurs.

Tout d'abord, elle a conduit à l'adoption d'une norme qui, sans aller dans les détails, affiche officiellement le désir fort d'un peuple qui entend mettre fin au fléau terroriste. La Constitution ayant vocation à illustrer les impératifs majeurs qu'un État se fixe, le texte espagnol affiche la lutte contre le terrorisme comme l'une de ses priorités.

Ensuite, la constitutionnalisation des moyens de lutte contre le terrorisme donne, d'une part, une légitimité certaine à l'action des pouvoirs publics en la matière. D'autre part, elle procure, dans un premier temps, un cadre d'action stable aux pouvoirs publics lorsqu'ils fournissent une réponse au terrorisme et, dans un second temps, un cadre de contrôle clairement balisé au juge constitutionnel lorsqu'il est saisi d'une loi sur le sujet.

En abordant les questions relatives à la lutte contre le terrorisme au cours des travaux constitutants, les rédacteurs du texte ont, par-là même, considérablement facilité l'action législative et, en conséquence, le contrôle constitutionnel dans ce domaine.

Le Tribunal constitutionnel se réfère ainsi, souvent, à la volonté des Constituants dans ses décisions. Cela lui permet de souligner, par exemple, la différence entre la suspension des droits *généralisée* prévue à l'article 55-1 de la Constitution, dans le cadre des régimes exceptionnels de la suspension *individuelle* qui s'applique aux enquêtes sur des faits de terrorisme : le Tribunal a, en ce sens, rappelé que « déjà en 1978, la reconnaissance du caractère chronique du terrorisme dans notre société eut pour effet la prévision par le Constituant d'un mécanisme différent des états exceptionnels traditionnels » ²⁷⁰.

Cependant, dans la majorité des cas, ce rappel de l'esprit des rédacteurs du texte constitutionnel appuie la position du Tribunal constitutionnel, lorsqu'il rappelle la nécessité de la limitation des droits fondamentaux. Il souligne ainsi que l'action du législateur, menée sur la base de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, est légitimée, car « le Constituant lui-même a eu conscience de l'existence, en tant que problème actuel, du terrorisme et du danger qu'il implique pour la vie et l'intégrité des personnes et pour l'ordonnancement démocratique lui-même » ²⁷¹. Aussi, « l'urgence ou, du moins, la situation qui découle précisément des activités délictueuses commises par des "bandes armées ou d'éléments terroristes" – parce qu'elles créent un danger effectif [...] – légitime le législateur à mettre en place

²⁷⁰ STC 71/1994, cons. en droit n° 3.

²⁷¹ STC 199/1987, cons. en droit n° 2.

un cadre normatif autorisant ce type de suspension »²⁷². Le Haut Tribunal en conclut que le Constituant « a introduit dans l'article 55-2 une habilitation en faveur du législateur, pour établir un régime spécifique de suspension de certains droits fondamentaux, dans le but de faciliter les investigations correspondant aux activités des bandes armées et des éléments terroristes, possibilité de suspension que la Constitution a considérée comme *nécessaire* pour le maintien de l'État démocratique de droit »²⁷³, car l'État « ne peut répondre [à ces activités] par le biais des instruments ordinaires mis à sa disposition pour assurer la garantie de la sécurité et de la tranquillité publique et de l'ordre constitutionnel »²⁷⁴.

Le Tribunal constitutionnel espagnol admet sans difficulté la légitimité de la lutte contre le terrorisme et, par conséquent, la limitation des droits fondamentaux qui lui est inhérente, du fait de leur prévision au niveau même de la Constitution. Cette approche si *naturelle* – pour ne pas dire *normalisée* – de la question terroriste n'empêchera pas les juges constitutionnels de se montrer très attentifs lors de l'analyse du contenu des dispositions antiterroristes. En revanche, elle les place, dès le départ, dans un cadre de contrôle différent du contrôle ordinairement en place.

Par les diverses déclarations à travers lesquelles le juge constitutionnel espagnol reconnaît la nécessité du mécanisme de limitation des droits fondamentaux pour faire face au terrorisme, il avoue une forme de tolérance – de principe – à l'égard de ces mesures restrictives des droits, tolérance imposée par un sens fort de réalisme.

La restriction des droits s'impose dans les démocraties actuelles avec d'autant plus d'acuité face à un problème aussi dangereux que le terrorisme. Le processus de diminution de la sphère de libertés des citoyens soulève pourtant des questions théoriques et pratiques ardues. Il ne peut donc, en toute logique, exister une seule voie pour résoudre ce problème. Celle qui a été choisie par le constituant espagnol est l'expression d'un ensemble de faits, notamment historiques. Celle appliquée par la France et l'Italie – dont les Constitutions sont silencieuses sur la question terroriste et dont les réactions ont été cantonnées au niveau législatif – n'est pas forcément *meilleure* ou *moins bonne*, elle est simplement différente. Cette différence n'empêche d'ailleurs en aucun cas la reconnaissance de la légitimité de l'action législative en la matière par les juges constitutionnels français et italiens.

²⁷² STC 199/1987, cons. en droit n° 4.

²⁷³ STC 199/1987, cons. en droit n° 2.

²⁷⁴ STC 199/1987, cons. en droit n° 4.

Section 2 – La reconnaissance jurisprudentielle de la nécessité de lutter contre le terrorisme, en France et en Italie

À la différence de la situation espagnole, l'appréhension du terrorisme n'est pas prévue de manière spécifique par les Constitutions française et italienne. Ce silence s'explique par l'histoire de chacun de ces États. Au moment de l'élaboration des nouveaux textes constitutionnels, le problème du terrorisme ne s'était pas encore présenté aux Gouvernements français et italien avec la même acuité qu'en Espagne.

Pour autant, cette absence n'a pas empêché les Gouvernements et les législateurs de chacun de ces pays de réagir. Ils ont su trouver les moyens de répondre à la menace terroriste dans les compétences générales qui leur étaient attribuées par les Constitutions. Des régimes dérogatoires au droit commun ont ainsi vu le jour pour les droits fondamentaux et il est revenu aux juges constitutionnels de valider cette voie.

La reconnaissance ne s'est toutefois pas faite dans les mêmes termes par les deux juridictions constitutionnelles. Si le Conseil constitutionnel français a admis implicitement la légitimité de l'adoption des mesures restrictives des droits fondamentaux dans chacune de ses décisions relatives aux lois antiterroristes (§ 1), la Cour constitutionnelle italienne a, à l'inverse, reconnu la nécessité d'adopter une législation appropriée au problème du terrorisme de manière expresse, en délivrant une véritable injonction à agir à l'encontre des pouvoirs publics. Sa déclaration est venue valider le principe d'une limitation des droits fondamentaux dans le contexte précis de l'*emergenza*, ce qui a eu pour effet de *combler* un silence de la Constitution, tout en soulevant de multiples débats quant à la portée exacte de sa décision (§ 2).

§ 1 – Une reconnaissance discrète par le Conseil constitutionnel français

Quelle que soit l'issue finale du contrôle de constitutionnalité exercé, le juge constitutionnel français a reconnu la compétence du législateur à restreindre, de manière significative, la sphère des droits fondamentaux face à la menace singulière du terrorisme, dès lors qu'il a procédé à l'examen des dispositions des lois sur le sujet mettant en œuvre cette restriction, sans jamais en condamner le principe (B).

Cette attitude a, sans aucun doute, été impulsée par la reconnaissance, un peu plus d'un an avant l'adoption de la première loi antiterroriste du 9 septembre 1986, de la compétence du législateur à adopter des législations d'exception aménageant

sévèrement les droits fondamentaux, du moment que les circonstances l'exigeaient (A).

A. L'influence de la décision *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*

Dans cette décision du 25 janvier 1985²⁷⁵, le Conseil constitutionnel a admis la possibilité, pour le Parlement, d'adopter une législation d'exception portant gravement atteinte aux droits fondamentaux, *en dehors de tout fondement constitutionnel explicite*, du moment que les circonstances l'exigeaient.

Cette compétence était remise en cause par les parlementaires requérants. Ces derniers estimaient que le législateur ne pouvait porter d'atteintes, même exceptionnelles et temporaires, aux libertés constitutionnelles que dans les cas prévus par la Constitution. À leur sens, le régime de l'état d'urgence permettait de telles atteintes. Or, n'étant pas prévu par la Constitution, à la différence de l'état de siège – figurant à l'article 36 du texte – il ne pouvait être instauré par une *simple* loi. Ce constat exigeait, selon eux, que la loi prorogeant l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie soit déclarée inconstitutionnelle²⁷⁶.

Il est bien évident que les requérants ne contestaient pas le principe de la limitation de l'exercice des droits fondamentaux par le législateur. Depuis longtemps, il est en effet acquis que tous les droits fondamentaux – à l'exception de quelques-uns – sont susceptibles de voir leur exercice réduit à l'issue d'un processus de conciliation soit avec d'autres droits, soit avec des fins d'intérêt général²⁷⁷. Il est également établi que seul le législateur peut exercer cette conciliation en vertu d'une

²⁷⁵ *Cons. const.* n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, Rec., p. 43, L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 2007, p. 551-563.

²⁷⁶ Loi n° 85-96 du 25 janvier 1985 relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, *J.O.* du 26 janvier 1985, p. 1087. Le territoire de la Nouvelle-Calédonie connaissait depuis quelques mois une recrudescence de scènes de violence, notamment à la suite de l'élection des membres de la nouvelle assemblée territoriale, très perturbée par les indépendantistes. Le 1^{er} décembre, un nouveau Haut commissaire fut nommé, Edgard Pisani « avec pour mission de préparer dans l'ordre l'accession à une indépendance qui maintiendrait des liens avec la France ; c'est le projet d'indépendance-association fondé sur l'article 88 de la Constitution ». Cependant, ce plan ne recueillit le consensus ni des partisans ni des adversaires de l'indépendance. Le 12 janvier, l'un des chefs du mouvement indépendantiste fut assassiné. L'état d'urgence fut instauré en conséquence (par décret en Conseil des Ministres). En vertu des règles d'application, sa durée fut limitée à 12 jours. Il sera finalement prorogé le 25 janvier, pour une durée de six mois par la loi présentement déferée au Conseil constitutionnel. V. sur le régime en tant que tel, D. ROUSSEAU, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Ceras - revue Projet* n°291, Mars 2006. [URL : <http://www.ceras-projet.com/index.php?id=859>].

²⁷⁷ L. FAVOREU, *Droit des libertés fondamentales*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 179 et s.

réserve de loi ²⁷⁸ en la matière clairement posée par l'article 34 de la Constitution française ²⁷⁹.

Les auteurs de la saisine contestaient, en revanche, le principe que le législateur puisse limiter l'exercice des droits fondamentaux à travers un régime d'exception ²⁸⁰ – qui, par définition, prévoit de larges entorses au régime classique des droits – en dehors des cas limitativement prévus par la Constitution. Leur argumentation se centrait sur le silence du texte de 1958 quant à la compétence du législateur à créer un régime d'état d'urgence. La Constitution française prévoit en effet les hypothèses des pouvoirs exceptionnels du Président de la République (article 16), de la déclaration de guerre (article 35) et de l'état de siège (article 36). Cependant, elle ne dit mot sur un régime d'état d'urgence – qui a été instauré par une loi antérieure à la Constitution – et l'article 34 ne prévoit pas explicitement la compétence du législateur à limiter l'exercice des droits fondamentaux face à des événements exceptionnels.

Si une telle prérogative peut aisément être implicite, les requérants pouvaient toutefois en demander la certitude au juge de la loi au vu des conséquences sur le régime des droits fondamentaux.

Revenons, un instant, sur le raisonnement du Conseil constitutionnel, afin de mieux mesurer, ensuite, l'apport de la décision au regard de la législation antiterroriste.

- Le juge constitutionnel français a décomposé son examen en plusieurs étapes avant de conclure au rejet des requêtes parlementaires.

Le Conseil constitutionnel a commencé par rappeler qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution française, « la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » et, en conséquence, « [qu'] il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public » ²⁸¹.

²⁷⁸ V. notamment J. TREMEAU, *La réserve de loi*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1997, p. 36 et s. Pour une présentation des réserves de lois en droit comparé, v. p. 71 et s.

²⁷⁹ Article 34 de la Constitution française : « La loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale [...] ».

²⁸⁰ C'est ainsi que P. WACHSMANN écrit que pour éviter que « la multiplication des libertés constitutionnelles, dont la jurisprudence du Conseil constitutionnel a imposé le respect au législateur » n'entraîne un dessaisissement de ce dernier, le Conseil constitutionnel « a créé, en vertu de son pouvoir normateur, des principes constitutionnels autorisant des atteintes aux libertés », V. « Chronique de jurisprudence – Décision du Conseil constitutionnel n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 (loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie) », *A.J.D.A.*, 1985, p. 363 ; contre cet avis, le jugeant excessif, v. M. DE VILLIERS, « La décision du 25 janvier 1985 (état d'urgence en Nouvelle-Calédonie) », *R.A.*, 1985, p. 355.

²⁸¹ *Cons. const.* n° 85-187 DC, cons. n° 3.

La référence à la sauvegarde de l'ordre public renvoie à la décision du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle* ²⁸², dans laquelle le Conseil avait affirmé que la sauvegarde de l'ordre public est un « objectif de valeur constitutionnelle », sur lequel le législateur *peut* se fonder pour *limiter* l'exercice d'une liberté constitutionnelle.

La conciliation entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public revient au législateur qui peut y procéder *en toute période*. Il n'est pas nécessaire qu'un danger menace de manière grave et imminente l'ordre public pour que la sauvegarde de ce dernier oblige le législateur à concilier les droits fondamentaux. Les jurisprudences, administrative et constitutionnelle, ont largement illustré que la sauvegarde de l'ordre public se déclinait sous différents aspects et dans des périodes tout à fait pacifiées. Autrement dit, la conciliation entre le respect des libertés et la préservation de l'ordre public doit avoir lieu en toute circonstance. Seule l'amplitude de la conciliation variera selon l'intensité de la menace pesant sur l'ordre public.

Tout en se situant dans la ligne jurisprudentielle impulsée par la décision du 27 juillet 1982, la décision d'espèce va toutefois plus loin en procédant à la constitutionnalisation de l'ordre public. Pour P. Wachsmann, la référence directe et exclusive à la sauvegarde de l'ordre public confirme cette idée, même si cela n'est pas affirmé explicitement dans la décision. Cette constitutionnalisation est le résultat du conflit qui se posait au Conseil, puisque « définir la mesure dans laquelle le législateur peut limiter l'exercice des libertés constitutionnelles suppose en effet le recours à des principes contraires forcément situés eux-mêmes au niveau constitutionnel » ²⁸³.

Ainsi, le Conseil constitutionnel poursuit son examen en adoptant une nouvelle conception du rapport entre les libertés et l'ordre public. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel ne distingue pas sauvegarde de l'ordre public et exercice des libertés, pas plus d'ailleurs qu'il ne les oppose. Il opère en revanche un *couplage* ²⁸⁴ entre les deux notions.

En affirmant que, sans la sauvegarde de l'ordre public, l'exercice des libertés ne saurait être assuré, le juge constitutionnel n'envisage plus la limitation des libertés en se basant sur un ordre public *détaché* de la liberté ²⁸⁵ mais, à l'inverse, sur un ordre public *qui favorise* la jouissance de ces libertés. Il estime ainsi que si, dans certaines situations représentant une réelle menace pour l'état de droit, le législateur ne limite pas les droits et les libertés des citoyens, on risque d'aboutir, certes, au

²⁸² *Cons. const.* n° 82-241 DC du 27 juillet 1982.

²⁸³ P. WACHSMANN, « Chronique de jurisprudence... », art. cit., p. 363.

²⁸⁴ F. LUCHAIRE, « Conseil constitutionnel – Décision du 25 janvier 1985 », *D. Juris.*, 1985, p. 365.

²⁸⁵ *Ibid.*

bouleversement de l'ordre public, mais surtout, à la disparition des droits. La jouissance des droits n'a effectivement plus lieu d'être dans un ordre public dévasté. Le Conseil constitutionnel exclut donc en l'espèce *toute valeur intrinsèque* à l'ordre public. La préservation de l'ordre public n'est pas une fin en soi, elle ne vaut que pour permettre à chacun de jouir de ses libertés ²⁸⁶.

Cette position du juge constitutionnel français est très proche de celle adoptée par son homologue espagnol dans la décision 25/1981 ²⁸⁷. Les deux juridictions justifient le fait que les droits fondamentaux peuvent être soumis à un régime plus strict pour affronter certaines situations de crise car leur survie en dépend.

Le Conseil constitutionnel situe ensuite, naturellement, cette compétence nouvelle du législateur en matière de limitation des droits, dans l'article 34 de la Constitution française.

Cette disposition constitutionnelle avait déjà permis au Conseil de reconnaître au législateur le pouvoir de créer des libertés nouvelles, non reconnues au niveau constitutionnel, et de modifier leur régime ²⁸⁸, ainsi que le pouvoir de les développer et de les mettre en œuvre ²⁸⁹. Elle va lui permettre, en l'espèce, de fonder la faculté législative de restreindre l'exercice des droits fondamentaux dès lors que la restriction se justifie par la préservation d'un principe ou d'un objectif à valeur constitutionnel, « dont les impératifs sont contradictoires par rapport à la liberté en cause » ²⁹⁰.

Dans le cadre de l'état d'urgence, c'est bien la préservation de l'ordre public, en tant qu'objectif de valeur constitutionnelle, qui autorise le législateur à remettre en cause les libertés. En d'autres termes, « c'est l'article 34 qui est le titre donnant compétence au législateur – sous le contrôle du Conseil constitutionnel – pour opérer la conciliation entre des principes constitutionnels contradictoires : l'existence d'une contradiction entre normes de valeur constitutionnelle fait “redescendre” la compétence au niveau législatif, et cela par une interprétation extensive de l'article 34 » ²⁹¹.

Le Conseil constitutionnel annonce ainsi le rejet du grief formulé par les requérants, puisque l'article 34 de la Constitution de 1958 est le titre juridique

²⁸⁶ P. WACHSMANN, « Chronique de jurisprudence... », art. cit., p. 363.

²⁸⁷ cf. *supra*.

²⁸⁸ Conformément à l'article 34 de la Constitution française.

²⁸⁹ *Cons. const.* des 10 et 11 octobre 1984 : le législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, peut édicter « des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer ».

²⁹⁰ P. WACHSMANN, *Ibid.*, p. 364.

²⁹¹ P. WACHSMANN, « Chronique de jurisprudence... », art. cit., p. 364.

permettant au législateur de mettre en place une législation d'exception avec les conséquences naturelles que ce type de régime peut avoir sur l'exercice des droits fondamentaux.

Le juge français va cependant achever son raisonnement et asseoir la compétence législative à créer un régime d'exception en déclarant que « si la Constitution, dans son article 36, vise expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier [...] l'exigence de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public »²⁹².

L'absence de prévision constitutionnelle d'un régime d'exception ne peut interdire au législateur de créer un régime d'état d'urgence²⁹³. L'analyse du silence de la Constitution par le Conseil constitutionnel a donc évolué : si, pendant les premières années du contrôle de constitutionnalité, le Conseil estimait que tout ce qui n'est pas prévu par le texte est formellement exclu, il reconnaît aujourd'hui que ce qui n'est pas expressément interdit peut être autorisé dans la pratique des institutions. Ainsi, l'adoption d'un régime d'état d'urgence par le Parlement est possible, car aucune disposition de la Constitution ne l'interdit explicitement²⁹⁴.

En conclusion, le Conseil constitutionnel reconnaît que la Constitution offre – implicitement – la possibilité au législateur de prévoir un régime d'état d'urgence, afin de concilier les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public.

- L'apport de cette décision à la question de la légitimité de la législation antiterroriste est considérable.

En fondant la compétence du législateur à restreindre l'exercice des droits et des libertés pour sauvegarder l'ordre public, dans l'article 34 du texte de 1958, le Conseil donne en l'espèce « un fondement constitutionnel à l'état d'urgence, mais aussi à tout autre régime de limitation des libertés publique dès lors que ce régime s'inscrirait dans le cadre de la mission de conciliation qui incombe au législateur »²⁹⁵, en vertu de l'article 34.

Certes, cette autorisation n'est pas explicitement reconnue dans la décision, mais elle se déduit de la rédaction même du considérant : « Si la Constitution, dans son article 36, vise expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir *un* régime d'état d'urgence pour concilier, comme il vient d'être dit, les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre

²⁹² *Cons. const.* n° 85-187 DC, cons. n° 4.

²⁹³ Le Conseil constitutionnel précise ensuite que la Constitution n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence « qui, d'ailleurs, a été modifiée sous son empire ». V. *Cons. const.* n° 85-187 DC, cons. n° 4. L. FAVOREU, L. PHILIP, *op. cit.*, p. 551-563.

²⁹⁴ PH. TERNEYRE, « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité – Contribution du Conseil constitutionnel à un droit constitutionnel de la nécessité », *R.D.P.*, 1987, p. 1496.

²⁹⁵ M. DE VILLIERS, « La décision du 25 janvier 1985... », art. cit., p. 356. C'est nous qui soulignons.

public »²⁹⁶. La décision du Conseil constitutionnel a, de ce point de vue, « une portée qui dépasse l'établissement de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie »²⁹⁷.

Cette analyse permet de penser que si le Conseil constitutionnel avait eu à se prononcer précisément sur la constitutionnalité de la création par le législateur des dispositifs antiterroristes – mais il n'en a jamais eu l'occasion comme nous le verrons dans un instant – il n'aurait pu que l'approuver dès lors que ces derniers sont établis par le législateur en vue d'assurer la sauvegarde de l'ordre public²⁹⁸.

Le fait que la législation antiterroriste ne reçoive pas officiellement la qualification de régime exceptionnel, au même titre que l'état d'urgence, ne peut être avancé pour justifier une conception différente de la part du Conseil constitutionnel de la compétence législative. La législation antiterroriste constitue en effet un authentique régime dérogatoire, qui porte tout autant atteinte aux droits fondamentaux que certains régimes d'exception. Par ailleurs, son existence est conditionnée par les circonstances particulières que crée le phénomène terroriste.

C'est pourquoi la décision du 25 janvier 1985 pourrait être interprétée comme une autorisation indirecte délivrée au législateur pour créer un régime antiterroriste, dérogatoire au régime commun des droits fondamentaux, que le juge constitutionnel tolérerait au vu des circonstances particulières qui exigent son adoption. Cela justifierait, en outre, que le Conseil constitutionnel n'ait jamais cru nécessaire de revenir expressément sur le principe de la compétence du législateur à mettre en place un tel régime, par nature restrictif, pour les droits fondamentaux et se soit limité à une reconnaissance implicite.

B. L'accord tacite du Conseil constitutionnel

Lorsque le législateur s'est emparé de la question terroriste, en dehors de tout fondement constitutionnel spécifique au phénomène, en décidant d'adopter un régime approprié à sa gravité et à sa perversité – soit après l'échec de la seule utilisation du droit commun – sa compétence à agir, en la matière et dans cette mesure, aurait pu être discutée de la même manière que l'avait été la compétence législative à établir un régime d'état d'urgence l'année précédente.

²⁹⁶ *Cons. const.* n° 85-187 DC, cons. n° 4. C'est nous qui soulignons.

²⁹⁷ M. DE VILLIERS, *Ibid.*

²⁹⁸ PH. TERNEYRE estime que si le raisonnement est valable pour le régime instauré par la loi du 3 avril 1955, il l'est aussi pour « un autre régime d'exception spécifique du moment qu'il a pour objectif la sauvegarde de l'ordre public pour que l'exercice des libertés soit rétabli », cf. « Les adaptations aux circonstances... », art. cit., p. 1496.

Elle ne l'a pourtant pas été, ni au moment de la première loi antiterroriste, la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986²⁹⁹, ni au moment de l'insertion de l'infraction de terrorisme dans le code pénal, pas plus qu'elle ne l'a été au moment de l'adoption des lois successives.

Cela ne veut pas dire qu'aucune voix ne s'est élevée contre le choix de politique criminelle du Gouvernement. Les débats parlementaires laissent entrevoir que certains hommes politiques se sont interrogés sur la nécessité de s'engager sur un tel chemin pour une démocratie.

Pour autant, aucun groupe de parlementaires n'a saisi le Conseil constitutionnel pour que ce dernier se positionne dans des termes aussi clairs que ceux de la décision sur l'état d'urgence de 1985. De plus, les lettres de saisines n'ont jamais remis en cause la totalité d'une loi antiterroriste³⁰⁰ ou le principe même de la création d'un droit spécifique en la matière. Elles se sont toujours concentrées sur quelques dispositions des lois que les requérants estimaient inconstitutionnelles³⁰¹.

Est-ce la spécificité du phénomène et la demande de sévérité exigée par la majorité de l'opinion publique qui a fait taire les voix politiques critiques ? Nul ne peut l'affirmer. L'absence de saisine du Conseil constitutionnel sur ce grief précis résonne, somme toute, comme un consensus politique sur la nécessité d'une réaction ferme, consensus à la fois teinté d'une forme de résignation et d'un fort réalisme de la part des politiques³⁰².

La justification du silence du Conseil constitutionnel par la rédaction des lettres de saisine n'est cependant pas convaincante. Le Conseil constitutionnel a été

²⁹⁹ Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, Loi dite Chalandon. *J.O.* du 10 septembre 1986, p. 10956.

³⁰⁰ Ce fut le cas en Espagne, lorsque le Parlement catalan avait soulevé l'inconstitutionnalité de la totalité de la loi pour un motif différent de celui qui nous intéresse ici ; mais le Tribunal constitutionnel a refusé de se prononcer sur la globalité du texte car la requête n'argumentait l'inconstitutionnalité que de certains articles. Le juge constitutionnel s'est alors concentré sur les demandes plus précises des requérants, V. *STC* 199/1987, considérant en droit n° 2.

³⁰¹ M. GARRIGOS, *Les aspects procéduraux de la lutte contre le terrorisme – Étude de droit interne et international*, Thèse soutenue à l'Université Panthéon-La Sorbonne-Paris 1, sous la direction de Mme le professeur GUIDICELLI-DELAGE, 2004, p. 90.

³⁰² Une telle attitude se retrouve autour de l'absence de saisine du Conseil constitutionnel de la loi sur la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001, qui contenait des mesures très sévères pour les droits dans un chapitre sur la lutte contre le terrorisme inséré à la hâte dans ce texte de loi après les attentats du 11 septembre 2001. Les débats parlementaires autour de cette loi laissent toutefois songeur lorsque les propos de certains parlementaires sous-entendent que la saisine du Conseil constitutionnel de l'examen de lois visant à préserver l'État contre une forme d'insécurité – telle que le terrorisme – serait un acte d'incivisme. Cf. « La saisine du juge constitutionnel, un acte d'incivisme ? », in *Rajf.org*, brève du 3 novembre 2001, disponible à l'adresse [<http://www.rajf.org/spip.php?breve123>].

saisi de la quasi-totalité des lois antiterroristes ³⁰³. Pour autant, il n'a jamais étendu son examen au principe de l'action législative en la matière. Or, il est désormais manifeste que le juge constitutionnel est saisi de l'ensemble du texte législatif même si seules quelques dispositions sont précisément contestées et qu'il conserve la possibilité de soulever d'office un moyen de droit ou de conclure d'office ³⁰⁴.

D'autres raisons peuvent être fournies à l'appui de l'absence de prise de position générale du Conseil constitutionnel sur le bien-fondé de la législation antiterroriste. Elles sont multiples.

Le juge constitutionnel français a pu considérer qu'une telle déclaration n'était pas nécessaire parce qu'il est évident :

d'une part, que tout État démocratique doit réagir au terrorisme au regard de la menace que celui-ci fait peser sur l'avenir de la société à laquelle il s'attaque ;

d'autre part, que les spécificités du phénomène imposent qu'une surveillance accrue soit mise en place et celle-ci passe automatiquement par une restriction des droits fondamentaux dans une proportion différente du droit commun ;

enfin, que la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* a certainement facilité la retenue du juge constitutionnel sur la question de la compétence du législateur. L'action législative contre le terrorisme s'insérant dans le cadre plus vaste de la politique pénale de l'État, les diverses dispositions qui la composent répondent aux objectifs de « prévention des atteintes à l'ordre public, nécessaire à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle », ou encore à ceux de « prévention de l'ordre public, notamment la sécurité des personnes et des biens et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle » ³⁰⁵.

Dans la lignée de la décision du 25 janvier 1985, l'existence d'un régime antiterroriste trouve ainsi sa justification dans la préservation de l'ordre public et des libertés, si bien que le Conseil constitutionnel n'a jamais estimé utile de se monter plus loquace.

Ce n'est donc que de manière détournée que le Conseil constitutionnel a procédé à la reconnaissance de la nécessité de la lutte contre le terrorisme : en se prononçant sur les dispositions législatives antiterroristes, qu'il les valide ou les censure, le juge constitutionnel en a admis l'existence et le principe. Ainsi, l'examen au cas par cas des dispositions déferées de la législation antiterroriste, par le juge

³⁰³ À l'exception de la Loi sur la sécurité quotidienne, dite LSQ du 15 novembre 2001, pour les motifs évoqués à la note précédente.

³⁰⁴ V., sur le sujet, TH. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Paris, Aix-en-Provence, PUAM-Economica, 1994.

³⁰⁵ *Cons. const.* n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, cons. n° 9.

constitutionnel français, laisse ressortir la nécessité de mettre en place de telles règles. Cette nécessité prend généralement sa source dans les caractéristiques du phénomène et justifie parfois une *autre* lecture de la norme constitutionnelle.

Cette légitimité constitutionnelle de la création d'un régime dérogatoire se déduit encore plus nettement des rares décisions dans lesquelles le Conseil a censuré certaines dispositions de la législation antiterroriste. En effet, même lorsque son examen l'a conduit à censurer l'aménagement des droits fondamentaux auquel le législateur avait procédé, le juge français n'est jamais revenu sur le bien-fondé de la disposition en tant que telle. Il en a donc, toujours, admis l'existence.

Il est aujourd'hui difficile d'imaginer quelle sera l'évolution de la position du Conseil constitutionnel sur ce point. Deux hypothèses opposées peuvent simplement être formulées.

La première repose sur l'idée que le Conseil constitutionnel gardera le silence parce que les parlementaires ne prendront pas le risque de l'interroger au regard de l'importance des enjeux de la lutte contre le terrorisme dans la société et de la menace permanente qui rend la population fébrile et en quête de solutions.

À l'inverse, la seconde envisage que le Conseil constitutionnel puisse un jour déclarer que la loi antiterroriste contenant les dispositions qu'il a en charge d'examiner n'est pas nécessaire, car elle a été adoptée pour aménager les droits fondamentaux dans une autre perspective que la lutte contre le terrorisme. Il s'agirait alors d'une dérive de la lutte qui est tout à fait envisageable tant les États se sont servis du prétexte terroriste pour faire passer un grand nombre de dispositions qui n'auraient jamais été validées, ni par les parlementaires, ni par le peuple, au regard de leur sévérité. Sur cet aspect, le 11 septembre a changé bien des choses. Le juge constitutionnel pourrait cependant se contenter de censurer la disposition litigieuse sans se prononcer sur la totalité de la loi.

L'absence de prise de position plus générale et surtout, plus explicite, sur la nécessité du régime antiterroriste, place le juge constitutionnel français en retrait par rapport à ses homologues espagnol et italien.

Cette reconnaissance implicite du Conseil constitutionnel tranche avec la justification explicite que le Tribunal constitutionnel a fournie à la suspension des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme alors que celle-ci bénéficiait déjà d'un *brevet de constitutionnalité* en étant prévue par la Constitution espagnole.

Elle se démarque aussi de la véritable *injonction* d'adopter une législation appropriée au fait de terrorisme de la Cour constitutionnelle italienne faite au

Gouvernement et au Parlement en dehors de tout fondement constitutionnel spécifique à la lutte contre le terrorisme.

§ 2 – Une reconnaissance expresse par la Cour constitutionnelle italienne

Dans son arrêt n° 15 de 1982, la Cour constitutionnelle a déclaré que « face à une situation d'*emergenza* [...], le Parlement et le Gouvernement ont non seulement le droit et le pouvoir, mais également le devoir précis et absolu d'intervenir, en adoptant une législation d'*emergenza* appropriée »³⁰⁶.

En reconnaissant, au Parlement et au Gouvernement, une véritable obligation d'affronter une situation d'*emergenza* en adoptant des mesures appropriées, la Cour constitutionnelle a légitimé l'existence d'un régime plus sévère pour les droits fondamentaux, dans sa première et seule décision sur la législation antiterroriste italienne.

Cette prise de position si nette s'explique en grande partie par le contexte singulier de l'histoire de l'Italie dans lequel elle est intervenue (**A**). Aussi bénéfique qu'elle ait pu être, elle a cependant semé le trouble dans l'organisation du régime des droits fondamentaux. En effet, cette reconnaissance a reçu en doctrine deux interprétations divergentes, qui influencent, contradictoirement, la portée de la déclaration. Le débat qui s'en est suivi a renvoyé à la délicate question des sources des régimes d'exception dans l'ordonnancement italien (**B**).

A. Le contexte singulier de l'arrêt n° 15 de 1982

La reconnaissance, par la Cour constitutionnelle italienne, d'un « devoir précis et absolu » du Parlement et du Gouvernement d'adopter une législation capable d'affronter la situation de crise singulière née de l'activité terroriste, est intervenue au cours de l'examen de l'article 10 du décret-loi n° 625 de 1979, dit décret « antiterroriste »³⁰⁷.

Ce texte a été adopté au lendemain de manifestations terroristes, dramatiques et retentissantes, soulignant la recrudescence du phénomène sur le territoire italien. Le pays connaissait, depuis quelques années, des vagues d'attentats terroristes, très diversifiés dans leur manifestation, qui avaient fini par semer le trouble dans la vie

³⁰⁶ *Cour const.* n° 15 de 1982, cons. en droit n° 5.

³⁰⁷ Décret-loi n° 625 du 15 décembre 1979, converti par la loi n° 15 du 6 février 1980, *Dispositions urgentes pour la protection de l'ordre démocratique et de la sécurité publique*, qualifiée par la suite de loi antiterroriste.

de l'État. Cette période de l'histoire italienne, surnommée *les années de plomb*, a été gérée par l'adoption d'une série de normes dites d'*emergenza* en référence à l'urgence avec laquelle la situation devait être affrontée par les pouvoirs publics, afin de rassurer une population traumatisée. Le rapport du Gouvernement pour la conversion du décret-loi par les chambres précise d'ailleurs que le texte a pour objectif « d'élever la capacité de riposte de l'ordonnancement à la provocation et à la capacité destructrice de la délinquance et de la subversion »³⁰⁸.

La majorité des réponses juridiques apportées au terrorisme au cours de cette période l'a été sur le fondement de l'article 77, alinéa 2, de la Constitution. Ce dernier permet en effet au Gouvernement italien de faire face à toute situation exceptionnelle qui exige une réaction urgente de la part des pouvoirs publics. D'après la Constitution, cet article donne au Gouvernement la *faculté* d'adopter, sous sa propre responsabilité et sans délégation des Chambres, des mesures provisoires ayant force de loi, dès lors qu'il se doit de faire face à « des cas extraordinaires de nécessité et d'urgence »³⁰⁹. L'utilisation de cet article par le Gouvernement pour gérer des questions les plus diverses, a été parfois si poussée que la doctrine a évoqué un phénomène de « décrétomanie »³¹⁰. En matière de lutte contre le terrorisme, ce n'est ainsi que très rarement que le Gouvernement s'est tourné vers la procédure législative ordinaire³¹¹.

³⁰⁸ M. CHIAVARIO « Commento alla legge 6/2/1980, n. 15, conversione in legge, con modificazioni del d.l. 15/12/1979, n. 625, concernente misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica », *Legislazione penale*, 1981, p. 26.

³⁰⁹ L'article 77 de la Constitution italienne est ainsi rédigé : « Le Gouvernement ne peut, sans délégation des Chambres, prendre des décrets ayant valeur de loi ordinaire – Lorsque, dans des cas extraordinaires de nécessité et d'urgence, le Gouvernement adopte, sous sa responsabilité, des mesures provisoires ayant force de loi, il doit, le jour même, les présenter pour leur conversion en loi aux Chambres qui, même si elles sont dissoutes, sont expressément convoquées et se réunissent dans les cinq jours – Les décrets perdent leur efficacité depuis le début, s'ils ne sont pas convertis en loi dans les soixante jours suivant leur publication. Toutefois, les Chambres peuvent régler par une loi les rapports juridiques créés sur la base des décrets non convertis. » Cet alinéa contourne l'interdiction formelle de l'alinéa 1^{er} du même article, selon lequel, « sans délégation des Chambres, le Gouvernement ne peut prendre des décrets ayant valeur de loi ordinaire ». La compétence normative du Gouvernement est soumise à conditions. Lorsqu'il agit sur la base de l'article 77, al. 2, de la Constitution italienne, le Gouvernement doit présenter les mesures ayant force de loi le jour même aux Chambres pour que celles-ci procèdent à leur conversion en loi et leur fassent perdre, ainsi, leur nature de mesures provisoires. Ceci implique que, dans l'hypothèse où le Gouvernement userait de cette faculté offerte alors que les Chambres ne sont pas en session, ces dernières doivent être convoquées et se réunir dans un délai de cinq jours. Si les décrets ne sont pas convertis par les Chambres dans un délai de 60 jours suivant leur publication, ils perdent leur efficacité *ab initio*. Sur la question des décrets-lois et des décrets législatifs en Italie, v. M. BAUDREZ, *Les actes législatifs du Gouvernement en Italie. Contribution à l'étude de la loi en droit constitutionnel italien*, Paris, Economica, 1994.

³¹⁰ Selon l'expression de M. BAUDREZ, *Ibid.*, p. 139.

³¹¹ Pendant la période des années de plomb (1977-1984), sur les cinq normes adoptées pour lutter contre le terrorisme, on dénombre quatre décrets-lois et une loi qui ont eu pour objectif principal d'organiser le régime des repentis. Au lendemain des attentats de 2001, la lutte contre le terrorisme a été révisée et complétée par huit actes, parmi lesquels six décrets-lois (dont l'un n'a jamais été converti et a donc cessé de produire tout effet juridique : DL n° 249 de 2007), une loi portant ratification et exécution de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée par l'Assemblée

Malgré l'évidente adaptation du texte de l'article 77, alinéa 2, de la Constitution pour faire face au terrorisme durant les *années de plomb*, l'injonction à agir délivrée par la Cour constitutionnelle à l'encontre du Parlement et du Gouvernement s'est faite *sans aucune référence* au fondement constitutionnel sur lequel les pouvoirs publics s'étaient appuyés pour répondre à la situation d'*emergenza*. En d'autres termes, la Cour constitutionnelle ne précise pas, dans l'arrêt n° 15 de 1982, le cadre de l'action étatique dans lequel le Parlement et le Gouvernement ont développé leur action contre le terrorisme et se doivent, ainsi, de le faire.

Pourtant, la précision aurait eu tout son intérêt. L'article 10 du décret-loi n° 625 de 1979, soumis à l'examen de constitutionnalité par le juge *a quo*, avait pour objet de prolonger d'un tiers le délai de détention préventive par rapport à ceux fixés par le droit commun³¹², lorsque la personne détenue l'était pour un certain nombre de délits, parmi lesquels ceux commis dans une finalité terroriste ou de subversion de l'ordre démocratique.

En l'espèce, le détenu qui intervenait en tant que partie dans le procès *a quo*, en vertu de la disposition déferée, devait rester pendant cinq ans et quatre mois en détention préventive si aucun procès en première instance n'intervenait avant l'expiration de ce délai. Le juge *a quo* soumettait donc, à la Cour constitutionnelle, l'examen de l'article 10 du décret-loi converti par la loi, en soulevant la méconnaissance de la notion de délai raisonnable, aux termes duquel la Convention européenne des droits de l'Homme, en son article 5, §3, estime que les procès doivent être organisés. Il ajoutait que, pour les mêmes motifs, la disposition portait atteinte à la liberté personnelle de l'accusé, telle que protégée par l'article 13, alinéas 1, 2 et 5 et à la présomption d'innocence, elle aussi proclamée à l'article 27, alinéa 2, de la Constitution italienne.

La disposition faisant l'objet de la question préjudicielle de constitutionnalité modifiait donc de manière substantielle le régime des droits fondamentaux dans le cadre de la réponse étatique au terrorisme.

Or, il existe en Italie un débat très vif et ancien, qui a de multiples ramifications. Les auteurs s'interrogent depuis longtemps sur le fait de savoir si la Constitution italienne autorise le Gouvernement et le Parlement à modifier le régime des droits fondamentaux constitutionnellement proclamés. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative – qui ne coule pas de source pour certains auteurs – les questions se portent alors sur l'étendue des modifications et, surtout, sur le fondement d'une telle compétence.

générale des Nations Unies à New York, le 15 décembre 1997, et un décret législatif (adopté sur la base de l'article 76 de la Constitution italienne) mettant en œuvre une directive communautaire.

³¹² À l'époque de la décision, l'article 272 du code de procédure pénale italien.

En effet, les auteurs se divisent toujours aujourd'hui autour de l'idée que la Constitution italienne ne contiendrait aucune disposition permettant aux pouvoirs publics de gérer un état de nécessité intérieure, alors que certains trouvent dans l'article 77, alinéa 2, une base possible.

La puissance de ces questions explique pourquoi une précision supplémentaire de la Cour constitutionnelle sur le fondement de l'action étatique contre le terrorisme, ramenée au cas d'espèce, aurait permis d'évacuer quelques voies doctrinales discordantes. Nonobstant le silence, la déclaration de la *Consulta* a tout de même été très commentée.

B. L'interprétation importante de l'arrêt n° 15 de 1982

Même si la Cour constitutionnelle italienne n'a pas fourni de détails sur la base normative de l'action gouvernementale contre le terrorisme, la portée de sa déclaration revêt une importance toute particulière pour le régime des droits fondamentaux en Italie. Les quelques mots que contient l'arrêt n° 15 de 1982 ont fait naître de vifs débats, qui embrassaient aussi bien la question de la possibilité de *toucher* aux régimes des droits fondamentaux et de l'organe compétent pour le faire, que celle de l'étendue de la limitation qui était envisageable.

La richesse et la densité des discussions ont souvent conduit à l'amalgame de ces deux aspects. Cette approche globale de ce que nous interprétons comme les deux versants d'un même problème sera ici décomposée, afin de concentrer nos premières réflexions sur la seule question de la possibilité de limiter les droits fondamentaux ³¹³.

- Certains auteurs ont préféré voir dans la déclaration de la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n° 15 de 1982, non pas une déclaration de valeur générale, mais plutôt une introduction à l'examen plus poussé de la disposition qui était soumise à son contrôle.

Ainsi, L. Carlassare estime qu'il ne faut pas prendre la déclaration de la Cour comme un passage isolé de l'arrêt. Il faut, au contraire, le replacer dans la perspective de l'ensemble du raisonnement de la *Consulta* et, surtout, ne pas perdre de vue l'objectif des juges, qui se trouve être strictement lié par la demande du juge *a quo*. Pour l'auteur, la description de la situation litigieuse et l'affirmation du devoir précis et absolu du Gouvernement et du Parlement de réagir de manière appropriée à la situation d'*emergenza* sont « strictement fonctionnelles aux conclusions

³¹³ La question de l'étendue de la limitation envisageable sera, elle, exposée dans les développements à venir.

immédiatement successives »³¹⁴, si bien qu'il conclut que la déclaration de la Cour constitutionnelle n'implique aucune dérogation ou suspension des droits fondamentaux³¹⁵.

La portée de la déclaration de la Cour serait ainsi limitée au cas d'espèce et n'influencerait, en aucune manière, le régime des droits fondamentaux pour l'avenir.

- D'autres auteurs considèrent, à l'inverse, que la déclaration de la Cour constitutionnelle revêt une portée générale. Cette position serait loin d'être anodine : elle reviendrait à conférer à l'arrêt n° 15 de 1982 une valeur *historique*³¹⁶.

Pour ces auteurs, en effet, à travers la reconnaissance d'un devoir précis et absolu d'agir en adoptant une législation appropriée à la situation d'*emergenza*, au Gouvernement et au Parlement, la *Consulta* admet implicitement que les droits fondamentaux peuvent être aménagés pour faire face à certaines circonstances. Nul ne doute que, dans ce contexte, l'aménagement des droits fondamentaux correspond à une limitation de leur exercice.

Ainsi, si l'on admet que la Cour constitutionnelle reconnaît en l'espèce, au Parlement et au Gouvernement, la possibilité de limiter les droits fondamentaux dans une période d'*emergenza*, alors que ces mêmes droits sont qualifiés « expressément et à plusieurs reprises »³¹⁷ d'*inviolables* par la Constitution elle-même, l'arrêt n° 15 de 1982 serait un *arrêt portant révision constitutionnelle*³¹⁸, car la disposition de la Constitution de 1948 ne reconnaît un tel pouvoir, explicitement ou implicitement, à aucun organe. La Cour constitutionnelle viendrait alors combler le silence tant souligné de la Constitution.

L'ordonnancement constitutionnel italien appartient en effet à la catégorie des Constitutions qui n'admettent pas de dérogations, d'exceptions ou de suspensions des normes constitutionnelles, si ce n'est durant l'état de guerre³¹⁹.

³¹⁴ L. CARLASSARE, « Una possibile lettura in positivo della sent. n°15 », note sous *Cour const.*, arrêt n°15 de 1982, *Giur. cost.*, I, 1982, p. 105.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 106.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 102. L'auteur ne partage pas cette interprétation mais convient que si elle venait à être celle à adopter, l'arrêt aurait une valeur historique.

³¹⁷ L. CARLASSARE, « Una possibile lettura..., art. cit., p. 102. L'auteur souligne qu'une bonne partie de la doctrine considère d'ailleurs ces droits comme soustraits de la procédure de révision constitutionnelle en vertu de leur statut.

³¹⁸ A. SAPADARO, « Le motivazione delle sentenze della Corte costituzionale come "tecniche" di creazione di norme costituzionali », in *La motivazione...*, op. cit., p. 364, note 13. L'auteur estime que l'arrêt n° 15 de 1982 appartiendrait à la catégorie des arrêts d'*intégration* ou de *révision constitutionnelle* qui « ajoutent quelque chose au texte écrit par la Charte ou, même, y dérogent », dès lors qu'il introduit le concept constitutionnellement nouveau dans l'ordonnancement italien de suspension des garanties constitutionnelles. V. J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Paris, Economica, 2001, p. 281.

³¹⁹ Le régime de l'état de guerre est expressément prévu à l'article 78 de la Constitution italienne : « Les Chambres autorisent la déclaration de guerre et confèrent au Gouvernement les pouvoirs nécessaires. » Dans certains systèmes constitutionnels, en vigueur notamment en Italie, Autriche, Belgique, Luxembourg,

Le silence de la Constitution aurait pu rapidement être interprété comme un réel refus de la part des constituants de prévoir tout régime exceptionnel et toute possibilité de déroger ou de suspendre les normes constitutionnelles et, en conséquence, le choix de ne pas fournir d'instruments aux futurs acteurs de la vie politique pour instituer de tels régimes. Le silence constitutionnel reviendrait, en somme, à une interdiction implicite de suspendre ou déroger aux droits fondamentaux.

Pourtant, dès l'entrée en vigueur de la Constitution, certains politiques affirmèrent, sur la base d'une interprétation discutable des travaux préparatoires, qu'« en l'absence de tous ceux qui ont pris part aux discussions et face au silence de tous les autres, la possibilité de suspensions temporaires [...] de l'exercice des droits et libertés est autorisée, même si elle n'est pas expressément prévue par la Constitution »³²⁰. Si cette affirmation peut être tolérée en cas de guerre, la question s'est posée de savoir si le raisonnement était transposable aux autres situations d'urgences et, en amont, si la simple idée de suspensions ou de dérogations des garanties constitutionnelles pouvait être finalement admise. Cela a, bien entendu, laissé place à l'exposé d'orientations doctrinales très divergentes au regard du fondement de cette éventuelle compétence³²¹.

Il est certain que le seul moyen d'assurer la garantie de la Constitution et des principes qu'elle proclame, dans le respect de l'esprit des constituants, serait de reconnaître expressément l'impossibilité *absolue* d'y déroger ou de la suspendre, sauf à recourir à une loi constitutionnelle, selon la procédure de l'article 138 de la Constitution³²².

En ce sens, P. Barile estime qu'il ne fait aucun doute que le droit de nécessité doit être *canalisé* dans la direction de la loi constitutionnelle qui permet de suspendre

Danemark, Suède, Hongrie, Pologne, Roumanie, l'état de guerre est le seul état d'exception prévu par la Constitution, et au cours duquel certaines dérogations aux normes constitutionnelles sont expressément prévues par la Constitution elle-même. Pour de plus amples développements, v. P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza...*, *op. cit.*, p. 203-206.

³²⁰ V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milan, Mondadori, 1991, p. 85.

³²¹ Sur l'ensemble du débat et les diverses interprétations doctrinales qui en ont résulté, voir les propos de PAOLO BONETTI, *Terrorismo, emergenza...*, *op. cit.*, p. 208-225.

³²² Article 138 de la Constitution italienne : les lois de révision de la Constitution et les autres lois constitutionnelles sont adoptées par chaque Chambre au moyen de deux délibérations successives à un intervalle de trois mois au moins et elles sont approuvées, au second tour de scrutin, à la majorité absolue des membres de chaque Chambre.

Ces lois sont soumises à un référendum populaire lorsque, dans les trois mois suivant leur publication, un cinquième des membres d'une Chambre ou cinq cent mille électeurs ou cinq Conseils régionaux en font la demande. La loi soumise à un référendum n'est pas promulguée si elle n'est pas approuvée à la majorité des suffrages valablement exprimés.

Il n'y a pas lieu de procéder à un référendum si la loi a été approuvée au second tour de scrutin par chacune des deux Chambres à la majorité des deux tiers de ses membres.

temporairement certaines garanties, pour éviter que le *fait* ne prévale sur le *droit* ³²³. Dans le même esprit, A. Pace considère que l'adoption d'une loi constitutionnelle est l'une des deux seules voies envisageables par les Chambres pour suspendre les droits constitutionnels. Il rappelle, à l'appui de sa thèse, que selon C. Esposito, l'article 138 permettrait d'adopter, d'une part, les lois constitutionnelles explicitement prévues par la Constitution dans plusieurs de ces articles ³²⁴, et d'autre part, les éventuelles lois constitutionnelles de dérogation ou de rupture avec la Constitution ³²⁵. En revanche, pour A. Pace, la voie de l'article 138 ne serait envisageable qu'en l'absence des conditions de nécessité et d'urgence. En effet, et c'est là la seconde voie proposée par l'auteur, lorsque, à l'inverse, la situation présenterait les caractères de nécessité et d'urgence, seule l'adoption d'une loi ordinaire de conversion permettrait au Parlement d'intervenir à l'issue de la procédure de l'article 77-2 de la Constitution ³²⁶.

L'article 138 de la Constitution se révélerait ainsi inadapté pour fonder des dérogations aux droits fondamentaux de manière rapide, en raison de la procédure longue et contraignante d'adoption des lois constitutionnelles.

Les regards se sont alors tournés vers l'article 78 du texte constitutionnel. La déclaration de guerre a un impact sur les droits et libertés puisqu'une fois proclamée par le Président de la République (art. 87), la loi militaire peut envisager le rétablissement de la peine de mort (art. 27, al. 4) ; elle peut prévoir une nouvelle organisation des compétences des Tribunaux militaires différente de celle prévue en temps de paix ³²⁷ ; elle peut également envisager des dérogations au principe selon lequel « le pourvoi en cassation pour violation de la loi est toujours admis contre les arrêts et contre les mesures concernant la liberté de la personne, prononcés par les organes juridictionnels ou spéciaux » ³²⁸.

Pourtant, l'article 78 n'a jamais été mis en œuvre pour affronter les épisodes successifs de terrorisme pendant les années de plomb et après le 11 septembre 2001,

³²³ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologne, Il Mulino, 1984, p. 452.

³²⁴ V. par exemple les articles 71, 116, 132 et 137, ou 117, dans sa version d'origine, de la Constitution italienne.

³²⁵ C. ESPOSITO limite toutefois la compétence de cette dernière catégorie de lois en estimant qu'elles ne pouvaient suspendre que de manière générale les droits constitutionnels, excluant ainsi leur compétence à s'appliquer dans un cas particulier qui les amènerait à priver « concrètement » certains citoyens de leurs droits (v. ID, *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milan, Giuffrè, 1992, p. 362).

³²⁶ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, 3^{ème} éd., Padoue, Cedam, 2003, p. 349.

³²⁷ Cf. art. 103, al. 3, de la Constitution italienne, qui prévoit qu'en temps de paix, les Tribunaux militaires sont compétents uniquement pour les infractions militaires commises par les membres des Forces armées.

³²⁸ Cette dérogation est autorisée par l'article 111, al. 2, de la Constitution ; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza...*, op. cit., p. 208. L'auteur précise que d'autres propositions visaient à permettre à la loi, en temps de guerre, des limitations très sévères de la liberté et du secret des communications, de la correspondance, ainsi que des moyens de censure de la presse au regard des informations de teneur militaire. Ces propositions furent, dans un premier temps, mises de côté pour être finalement totalement abandonnées.

d'une part, en raison d'une prétendue inadaptation à la gestion des conflits internes³²⁹ ; d'autre part, en raison de la *lenteur* de sa mise en œuvre.

La doctrine a alors envisagé l'article 77, alinéa 2, de la Constitution comme fondement à une telle compétence. La prévision, par cette disposition, de la gestion des cas extraordinaires de nécessité et d'urgence pouvait effectivement être considérée comme suffisamment *ouverte*, pour permettre au Gouvernement de réagir à un *état de nécessité intérieur*³³⁰ et d'adopter les règles adéquates à l'encontre des droits fondamentaux. Tel est, d'ailleurs, le cas du décret-loi n° 625 de 1979, dont deux dispositions ont donné lieu à l'arrêt n° 15 de 1982.

Nombreux auteurs ont cependant rejeté immédiatement cette possibilité en niant l'utilisation de l'article 77 du fait que le décret-loi ne pourrait intégrer des mesures *contra constitutionem*. Les partisans de cette thèse estiment aussi que toute dérogation ou suspension des normes constitutionnelles par les décrets-lois n'est pas envisageable en raison de la valeur de ces normes gouvernementales, qui serait équivalente – dans le silence de l'article 77 – aux lois ordinaires³³¹. À l'inverse, un

³²⁹ Même si, aujourd'hui, une partie de la doctrine italienne prône un élargissement des conditions d'application de cet article aux hypothèses de crise interne, afin qu'il ne devienne pas une mesure dénuée de toute application concrète. Cet article est effectivement destiné à être inopérant étant donné qu'il est peu probable que des hypothèses de guerre, au sens où les constituants l'entendaient au moment de la rédaction de la Constitution, soient réunies. Une partie de la doctrine italienne plaide en faveur de l'extension, par analogie, de l'article 78 de la Constitution aux états d'urgence interne en soutenant que ce dernier ne l'exclut pas (cf. P. CARNEVALE, « *Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell'attualità* », *Giur. cost.*, 2002, p. 4523 ; G. MOTZO, voce « *Assedio (stato di)* », in *Enc. dir.*, vol. III, Milan, Giuffrè, 1958, p. 260 ; L. PALADIN, « *In tema di decreti-legge* », *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 582 ; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padoue, Cedam, 1989, p. 170). V. également la classification des hypothèses d'urgence et les modes éventuels de réaction par l'État italien, P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza...*, *op. cit.*, p. 216 et s., et sur l'application de l'article 78 spécialement, p. 218-219. *Contra* : G. FERRARI, voce « *Guerra (stato di)* », in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milan, Giuffrè, 1970, p. 816 ; A. GIARDINA, « *Art. 78* », in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologne, Zanichelli, 1979, p. 114 ; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milan, Giuffrè, 1988, p. 201.

³³⁰ V. *supra*, Introduction et G. DE VERGOTTINI, « *Les états de nécessité en droit public italien* », *Cahiers du C.D.P.C.*, vol. III, La Garde, Université de Toulon et du Var-C.D.P.C., 1988, p. 73-74.

³³¹ Les auteurs précisent aussi que la loi de conversion des décrets-lois est également une loi ordinaire, ce qui vient appuyer leur position. (V. notamment, P-G. GRASSO, *I problemi giuridici dello "stato di assedio" nell'ordinamento italiano*, Pavie, Pubblicazione dell'Università di Pavia, Turin, UTET, 1988, p. 238 ; P-G. GRASSO, S. ILLARI, « *Questione di teoria generale del diritto pubblico nelle disposizioni in materia di terrorismo* », *Il Politico*, n° 3, 2007, p. 98, note 40 et 41 ; G. MOTZO, « *voce Assedio...* », art. cit., p. 262 ; L. PALADIN, « *Articolo 77* », in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologne, Zanichelli, 1979, p. 63 ; F. SORRENTINO, voce « *Legge (atti con forza di)* », in *Dig. disc. cost.*, IX, Turin, UTET, p. 100 et 118). Contre cet argument, A. PACE estime que la qualité de loi ordinaire de la loi de conversion des décrets-lois ne saurait être un obstacle à leur utilisation, puisque l'article 78, dans les hypothèses de conflits armés internationaux, prévoit également qu'une loi *ordinaire* organisera les éventuelles suspensions des garanties constitutionnelles (*Problematica ...*, *op. cit.*, p. 341). F. SORRENTINO avance que cette impossibilité d'utilisation de l'art. 77, al. 2, de la Constitution italienne pourrait être corrigée si le décret-loi, qui suspend la Constitution, pouvait être converti par une loi constitutionnelle conformément aux exigences de l'article 138 de la Constitution (*Le fonti del diritto*, Gênes, ECIG, 2002, p. 100).

autre mouvement doctrinal a accepté l'hypothèse de l'utilisation de l'article 77 pour affronter les situations extraordinaires ; il est lui-même scindé en deux courants.

Pour les auteurs appartenant au premier courant, le seul moyen pour le Gouvernement d'affronter des situations d'urgence serait d'adopter des décrets-lois en suivant la procédure de l'article 77, alinéa 2, de la Constitution. Cependant, la prévision, par ces normes, de dérogations et de suspensions des dispositions constitutionnelles justifierait qu'elles prennent leur source dans la nécessité en tant que source autonome du droit ³³², ce qui soulève d'inévitables problèmes en termes de sécurité juridique.

Les tenants du second courant estiment, à l'inverse, que le décret-loi peut prévoir *contra constitutionem* et, en conséquence, apporter des limitations aux droits fondamentaux, tout en conservant sa source dans les limites de l'article 77, alinéa 2, de la Constitution italienne. Les décrets-lois pourraient alors déroger ou suspendre les limites constitutionnelles, soit par une interprétation déductive du dernier alinéa de l'article 77 – qui dispose que les Chambres peuvent régler, par une loi, les rapports juridiques créés par des décrets non convertis ³³³ – soit par une lecture spécifique de la nécessité.

En ce sens, C. Esposito distingue ainsi les situations extraordinaires caractérisées par une nécessité absolue de celles symbolisées par une nécessité objective. La nécessité *absolue* engloberait à la fois les moyens extraordinaires et le but dans lequel le décret-loi est adopté. La nécessité *objective* serait constituée par l'obligation, pour le Gouvernement, d'agir pour atteindre un certain but et non par la simple bonne volonté. Ces mesures auraient pour mission de gérer des cas singuliers qui, de par la nécessité qu'ils imposent, impliquent que le pouvoir déroge à la Constitution pour affronter la situation qui les a créés ³³⁴.

³³² C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, T. 1, 9^{ème} éd., Padoue, Cedam, 1975, p. 317 et s. et p. 702 et s. ; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, 6^{ème} éd., Turin, UTET, 1985, p. 293 et 322. Les deux auteurs se rejoignent sur le fait qu'il existerait alors deux catégories de décrets-lois : ceux pour lesquels la nécessité est la condition d'existence, conformément à la lettre de l'article 77, al. 2, de la Constitution italienne, et ceux pour lesquels la nécessité est la source autonome implicite dans le système constitutionnel. Pour G. DE VERGOTTINI, dès « la période précédant la Deuxième Guerre mondiale, la doctrine italienne a reconnu que les exigences de conservation du système, ou le système lui-même, admettaient une source objective de production qui venait s'ajouter au système formel des sources de l'État [...] On admettait donc l'existence comme source de l'état d'exception, de la nécessité entendue comme fait normatif. La doctrine postérieure, tout en s'étant enrichie de contributions intéressantes, ne s'est pas éloignée de ce schéma d'évaluation, même après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution ». Ensuite, « l'accord s'est fait sur la base de la nécessité entendue comme source du droit, pour accepter la justification de mesures éventuelles adoptées pour affronter de manière concrète le danger pour l'ordre juridique constitutionnel » (G. DE VERGOTTINI, « Les états de nécessité en droit public italien », *Cahiers du C.D.P.C.*, vol. III., La Garde, Université de Toulon et du Var-C.D.P.C., 1988, p. 71, qui renvoie à G. MOTZO, « voce Assedio... », art. cit. ; G. FERRARI, « voce Guerra (stato di) », in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milan, Giuffrè, 1969).

³³³ C. ESPOSITO, voce « Decreto-legge », in *Enc. dir.*, vol XI, Milan, Giuffrè, 1962, p. 853 selon l'interprétation de P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza...*, op. cit., p. 209.

³³⁴ *Ibid.*

Dans cette hypothèse, l'article 77 autoriserait des mesures gouvernementales qui iraient au-delà de ce que permet la loi ordinaire, c'est-à-dire des mesures dérogeant ou rompant avec les dispositions de la Constitution relatives aux droits et aux compétences³³⁵. La rupture avec la Constitution ne serait que temporaire grâce à la loi de conversion, qui ne pérenniserait pas la mesure dans le temps, mais lui donnerait une entité *propre* dans les limites de durée exigées par la permanence de la situation de nécessité (ou la convertirait pour le passé ou la prolongerait pour un temps défini jusqu'à ce que la situation de nécessité disparaisse). La ratification parlementaire de ce décret aurait une forme différente de la loi de conversion (qui intègre l'ordonnancement définitivement) et acquerrait la nature d'un *bill d'indemnité* (en tant qu'acte de régularisation d'un comportement illicite)³³⁶.

La suspension des normes constitutionnelles par un décret-loi est également soutenue par A. Pace qui considère, au sujet de la déclaration de la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n° 15 de 1982, qu'« étant entendu que le Parlement et le Gouvernement doivent se montrer attentifs aux implications politiques des mesures adoptées (et donc les limiter et les doser selon les circonstances), il semble davantage "garantiste" d'affirmer la possibilité, pour le Gouvernement, dans les cas extrêmes, de suspendre temporairement l'efficacité de certaines normes constitutionnelles – mais en soumettant une telle possibilité à une prévision juridique prédéterminée imposant des limites infranchissables [...] et à la responsabilité politique et juridique des membres du Gouvernement –, plutôt que de nier du point de vue institutionnel cette possibilité, mais, dans le même temps, reconnaître qu'en certaines circonstances, la nécessité opère comme "source autonome du droit" »³³⁷.

Monsieur Pace estime de plus que « le décret-loi [...] dans ses grandes lignes admet explicitement la suspension temporaire de certaines normes constitutionnelles et clarifie la raison spécifique de l'adoption des mesures provisoires et temporairement limitées »³³⁸. Le recours à cette source pour fonder les dérogations ou les suspensions des règles constitutionnelles présente l'avantage de ne pas faire passer sous silence les limitations des garanties des droits et, surtout, empêche que celles-ci puissent être prorogées dans le temps grâce à l'intervention

³³⁵ C. ESPOSITO, *Ibid.*, p. 834 et spécialement 852 selon l'interprétation de G. GRASSO, S. ILLARI, « Questione di teoria generale... », art. cit., p. 99, note 42. Mais aussi C. PINELLI, « Il decreto-legge e la teoria costituzionale : profili introduttivi », in A. SIMONCINI (dir.), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, EUM, 2006, p. 57-58.

³³⁶ G. GRASSO, S. ILLARI, « Questione di teoria generale... », art. cit., p. 99.

³³⁷ A. PACE, « Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza ? », note sous Cour const., arrêt n°15 de 1982, *Giur. cost.*, I, 1982, p. 112.

³³⁸ *Ibid.*, p. 114.

du Parlement, exigée au-delà de 60 jours ³³⁹. Pour l'auteur, c'est la sécurité qu'offre le cadre de l'article 77, alinéa 2, qui le désigne comme la norme la plus appropriée pour fonder les éventuelles entorses aux normes constitutionnelles ³⁴⁰.

À la lueur de ces débats doctrinaux, on comprend mieux que la Cour constitutionnelle ne fasse pas référence au fondement de la réaction étatique.

En extrapolant, nous pourrions justifier l'absence de référence au fondement de l'action par un raisonnement centré sur l'évidence des caractères d'extraordinaireté, de nécessité et d'urgence que la situation d'*emergenza* présentait. D'autant plus qu'il s'inscrit dans la ligne de jurisprudence de la juridiction constitutionnelle qui, jusqu'à récemment, n'a jamais exercé de contrôle sur la véracité des conditions de mise en œuvre exigées par l'article 77, alinéa 2, de la Constitution. Ce refus a souvent été source de critiques de la part de la doctrine, notamment en raison de la pratique abusive des décrets-lois par le Gouvernement.

Dans le domaine aussi spécifique que celui de la lutte contre le terrorisme, l'exigence d'une réponse rapide face à des événements exceptionnels pourrait difficilement remettre en cause l'utilisation, par le Gouvernement, de l'article 77, alinéa 2, de la Constitution. Nonobstant, les derniers décrets-lois adoptés pour renforcer l'arsenal antiterroriste italien, en réponse aux actes de terrorisme qui ont

³³⁹ Pour I. PELLIZZONE, un rapport existerait alors entre la source de droit qu'il est et la source *extra ordinem* de la nécessité, entendue comme situation d'urgence de l'ordonnancement constitutionnel que l'État résoudrait en suspendant en partie la Constitution : « Le décret-loi est l'acte capable d'affronter des situations d'urgence institutionnelles et de suspendre, temporairement, les autres normes constitutionnelles parce qu'il serait justement provisoire (60 jours) et soumis au contrôle du Chef de l'État et du Parlement. La procédure de la *decretazione* d'urgence de l'art. 77 de la Constitution permettrait donc de rattacher au système les actes du Gouvernement *contra Constitutionem* pour faire face à "l'état de nécessité". Les actes adoptés en raison de l'état de nécessité n'auraient en commun avec les décrets-lois que la forme, alors qu'ils se distingueraient de ces derniers sur le plan de la source. Ils resteraient, en effet, des mesures *extra ordinem*, parce que nés d'un état de nécessité non prévu par l'ordonnancement, mais justement parce qu'ils contiendraient des mesures en contraste avec la Constitution, le contrôle du Parlement constituerait seulement un *bill of indemnity*, par lequel exonérer le Gouvernement de la responsabilité d'avoir adopté l'acte. » (I. PELLIZZONE, « Le misure anti-terrorismo internazionale e la "normalizzazione dell'emergenza" », *Giur. cost.*, 2006, II, p. 1783 et s.). Concernant le contrôle du chef de l'État : dans le cadre d'un décret-loi adopté pour faire face à une urgence institutionnelle, la signature du Chef de l'État ne serait plus une simple formalité, selon MORTATI, mais au contraire, elle conférerait à ce dernier un pouvoir de contrôle effectif sur la norme adoptée par le Gouvernement (L. CARLASSARE, « Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati », in M. GALIZIA, P. GROSSI, *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milan, Giuffrè, 1990, p. 488). I. PELLIZZONE poursuit en estimant que le mérite principal de cette thèse est qu'elle permet de réintégrer, dans le cadre constitutionnel, des actes nés en dehors de celui-ci, dans une forme connue et définie par la Constitution et qui présente divers avantages (*Ibid.*). Sur ce dernier point, P. BARILE considère qu'une règle non écrite, mais fondamentale, est celle qui impose au juriste de suggérer que la nécessité soit affrontée avec « des moyens qui s'éloignent le moins possible de ceux ordinaires, prévus par le droit, positifs pour des situations analogues » (*Diritti dell'uomo...*, *op. cit.*, p. 449). En conclusion, l'article 77 de la Constitution permet à la fois au Gouvernement de réagir rapidement à une situation d'urgence institutionnelle et il garantit aussi le contrôle du Parlement sur l'œuvre de l'exécutif. C'est pourquoi la loi de conversion dans cette hypothèse serait de toute façon une loi *ordinaire* et non une loi constitutionnelle, comme cela a pu être proposé, en raison des délais rapides dans lesquels la situation doit être gérée. Enfin, il implique automatiquement une application provisoire, limitée à 60 jours pour les normes dérogeant à la Constitution.

³⁴⁰ A. PACE, *Problematica ...*, *op. cit.*, p. 341.

été perpétrés aux États-Unis puis en Europe, ne sont pas précédés d'un exposé de motifs très convaincant quant à la nécessité de passer par cette procédure singulière, qui doit s'inscrire en marge de la procédure législative ordinaire.

Les incertitudes qui entourent l'étendue de la compétence gouvernementale en matière de droits fondamentaux dans le cadre des décrets-lois méritent qu'une attention particulière soit apportée à cette pratique, pour éviter toute dérive. La récente évolution de la position de la Cour constitutionnelle, qui a fini par accepter de contrôler le respect des conditions de nécessité et d'urgence³⁴¹, fournit des éléments rassurants permettant de penser que ce contrôle sera d'autant plus poussé, lorsque les décrets-lois mettront en place des régimes restrictifs pour les droits fondamentaux³⁴².

Toutefois, ce silence nous paraît essentiellement s'expliquer par la volonté des juges constitutionnels italiens de valider, avant toute chose, la compétence des pouvoirs publics en matière de restrictions des droits fondamentaux, au cours de périodes sensibles pour l'État, en laissant en suspens la question du fondement de cette compétence. L'avancée est suffisamment considérable pour ne pas être atténuée par la persistance des doutes quant à la source du droit d'exception qui anime, encore aujourd'hui, quelques controverses. Et cela, d'autant plus que ce débat semble, en réalité, insoluble, tant les différentes thèses sont soutenues par des arguments convaincants et, dans le même moment, souffrent toutes de faiblesses.

La réalité rattrape ainsi les réflexions théoriques pour illustrer l'utilisation concrète de l'article 77, alinéa 2, de la Constitution italienne pour affronter des situations extraordinaires, telles que celle créée par le terrorisme et, aussi, pour aménager sévèrement les droits fondamentaux.

³⁴¹ Après plusieurs années d'hésitations jurisprudentielles au cours desquelles la Cour italienne assimilait le contrôle des conditions de nécessité et d'urgence – requises par l'article 77, alinéa 2 CI pour adopter un décret-loi – à un contrôle d'opportunité des choix politiques, qui lui était expressément interdit par l'article 28 de la loi n° 87 de 1953, elle a modifié sa position. La Cour constitutionnelle est ainsi entrée dans une nouvelle ère en s'octroyant cette compétence et dispose désormais de la latitude nécessaire pour exercer un véritable contrôle sur les motifs ayant poussé le Gouvernement à agir par le biais des décrets-lois. Elle poursuit un processus initié il y a fort longtemps, qui a connu une première étape en 1995 et en vertu duquel elle a progressivement éliminé les « possibles "zones franches" au sein du jugement de constitutionnalité » (E. CHELLI, « Tendenze recenti della giustizia costituzionale in tema di forma di governo », in S. PANIZZA, A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *Il contributo della giustizia costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Turin, Giappichelli, 1997, p. 9 cité par J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 132). Après ces « deux années formidables », en 1995-1996, ce processus a connu quelques fluctuations mais il réapparaît vigoureusement à travers les sentences n° 171 de 2007 – déjà qualifiée d'historique – et n° 128 de 2008 (R. ROMBOLI, « Una sentenza "storica" : la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza », *Foro it.*, 2007, I, p. 1986).

³⁴² Encore faut-il que les spécificités du terrorisme n'aient pas pour effet de réduire ce contrôle au prétexte que la lutte contre le phénomène justifie le recours à tous les moyens susceptibles d'être efficaces. Dans cette hypothèse, la Cour constitutionnelle pourrait estimer que les conditions requises par l'article 77, alinéa 2, de la Constitution sont *forcément* remplies dans le cadre d'une réponse à des attentats terroristes.

Cette pratique, largement intégrée dans le quotidien politique de l'Italie – au point que le décret-loi a été considéré comme « l'arme principale de lutte contre la subversion »³⁴³, même si cela soulève une vive « perplexité sinon une forte contrariété »³⁴⁴ – soulève deux réflexions finales.

Tout d'abord, A. Pace souhaite que la Cour constitutionnelle fasse preuve de plus de sévérité à l'encontre du contrôle de constitutionnalité des décrets-lois, notamment au regard de l'examen des conditions de mise en œuvre et de la durée de leur application. Il appelle, dans le même sens, à une prise de conscience et une plus grande responsabilité des parlementaires et des membres de l'opposition. Enfin, il plaide pour l'insertion d'une disposition constitutionnelle plus précise, permettant d'encadrer correctement la compétence étatique sur la question des suspensions et des dérogations aux droits fondamentaux. Dans l'hypothèse où une révision de la Constitution ne serait pas rendue possible, il propose que le décret-loi admette explicitement, dans l'exposé des motifs, la suspension temporaire de certaines normes constitutionnelles et éclaire la raison spécifique de l'adoption des mesures provisoires et temporellement limitées.

Ensuite, que la portée de la déclaration de la Cour constitutionnelle soit générale ou limitée au cas d'espèce en tant que simple élément du raisonnement du juge constitutionnel, le résultat est identique : les droits fondamentaux connaissent des régimes restrictifs en période d'*emergenza* ou, plus généralement, d'événements extraordinaires. La thèse de la portée générale de la déclaration de la Cour présenterait alors l'avantage de valider la compétence étatique en ce domaine et de la cantonner aux seuls cas de situations d'*emergenza* (même si celles-ci peuvent faire l'objet d'une interprétation aléatoire). Elle correspondrait aussi à une attitude réaliste de la part des juges constitutionnels, bien conscients de la pratique politique durant ces périodes. La position de L. Carlassare ne s'en trouve pas complètement contredite, puisqu'il est évident que cette déclaration de la Cour a contribué à faire céder la norme constitutionnelle face à l'*emergenza*³⁴⁵. Les réflexions des deux commentateurs de l'arrêt se rejoignent d'ailleurs sur de nombreux points, confirmant l'idée de l'importance de la reconnaissance de la Cour constitutionnelle de la validité d'une législation d'exception mais, surtout, de la volonté des juges constitutionnels que cette dernière soit contenue dans le temps³⁴⁶.

³⁴³ P. BARILE, *Diritti dell'uomo...*, *op. cit.*, p. 323.

³⁴⁴ P-G. GRASSO, S. ILLARI, « Questione di teoria generale... », art. cit., p. 97.

³⁴⁵ Sur les autres implications possibles du fait d'*emergenza* sur le contrôle de constitutionnalité, v., *infra*. chapitre 2 du Titre 2.

³⁴⁶ A. PACE, *Problematica ...*, *op. cit.*, p. 341 et L. CARLASSARE, « Una possibile lettura ... », art. cit., p. 105.

Quelle que soit sa portée exacte, la déclaration de la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n° 15 de 1982 a certainement contribué à ce mouvement en légitimant le principe même d'une restriction des droits fondamentaux.

Il demeure évident que, dans son arrêt n° 15 de 1982, la Cour constitutionnelle adresse un signal au Parlement et au Gouvernement, afin qu'une distinction nette soit établie entre la législation ordinaire et les normes d'exception, même si ces normes revêtent concrètement la même forme et, aussi, pour que la législation d'*emergenza* prévoie nécessairement un terme de validité, de sorte de permettre au Parlement un contrôle sur l'œuvre du Gouvernement et, éventuellement de proroger les mesures.

Conclusion du Chapitre 2

L'ensemble des juges constitutionnels a reconnu la légitimité de l'action législative contre le terrorisme. Ainsi, ils ont admis, bien qu'en des termes d'une précision et d'une clarté nuancés, que les droits fondamentaux pouvaient connaître des limitations plus poussées dès lors que la situation l'impose.

Cette reconnaissance est finalement logique lorsque l'on sait la menace que le terrorisme fait peser sur les États. Cependant, cette reconnaissance exprime la tolérance avec laquelle les juges constitutionnels entrent dans l'examen précis des dispositions législatives qui lui sont déférées. En effet, dans ce schéma, les juges ne vont pas pouvoir censurer les dispositions, car elles sont plus sévères que ce qui est ordinairement appliqué par les règles de droit commun. Ils vont alors devoir placer leur examen dans un autre cadre, en marge du droit commun, et qui, en vertu de l'objet spécifique de la loi, impliquera de fait une acceptation de la conception sévère de l'exercice des droits fondamentaux. C'est, en ce sens, que le cadre du contrôle de constitutionnalité se transforme pour être approprié au fait de terrorisme.

Conclusion du Titre 1

Le contrôle de constitutionnalité se révèle être façonné par le fait que le terrorisme agit sur le cadre du contrôle, en le faisant glisser vers une zone de tolérance de restriction des droits fondamentaux plus prononcée.

Le modelage du contrôle de constitutionnalité par le fait de terrorisme est ainsi le résultat d'un processus d'intégration des spécificités du phénomène au sein même de l'examen de constitutionnalité.

L'origine de ce mouvement se situe dans la formulation même des actes de terrorisme par le droit. En mettant l'accent sur la gravité du phénomène pour tout État démocratique, les législateurs justifient l'adoption de mesures dérogatoires au droit commun, plus drastiques pour les droits fondamentaux.

L'acceptation de l'esprit des lois antiterroristes par les juges constitutionnels apparaît comme l'expression même de ce déplacement du cadre du contrôle de constitutionnalité.

Le contrôle de constitutionnalité des lois antiterroristes se distingue donc du contrôle généralement mis en place par le juge constitutionnel. La différence s'exprime par un contrôle qui devient nécessairement plus tolérant, en raison de l'impossibilité de censurer la sévérité intrinsèque des dispositions visant à lutter contre le terrorisme.

Ne pouvant que prendre acte du bien-fondé de la réaction normative contre le terrorisme, le juge constitutionnel ne peut lutter contre cet état de fait et doit, en conséquence, adapter son contrôle.

Dans ce cadre, il revient au juge constitutionnel de s'assurer que ces dispositions, bien que naturellement plus strictes, respectent les limites de l'État de droit. Cependant, le juge constitutionnel voit, là encore, son contrôle modifié par le fait de terrorisme, dans le sens où sa marge d'analyse de chaque disposition législative se trouve être considérablement conditionnée par l'impact du terrorisme sur la norme législative.

Titre 2 :

L'infiltration du contrôle par le fait de terrorisme

Si l'ensemble des juges constitutionnels constatent aisément la nécessité d'une réponse normative adaptée au terrorisme, ils ne peuvent, en revanche, adopter une position de principe quant à l'étendue de cette adaptation. La lutte contre le terrorisme impose, en effet, l'instauration de règles dérogatoires au régime ordinaire des droits fondamentaux, dont il appartient au législateur, en vertu du principe de la réserve de loi, de fixer les modalités. Dans ce cadre, il appartient au juge constitutionnel d'en apprécier, au cas par cas, la constitutionnalité.

La charge du juge revêt une alors une teneur particulière, car comme le souligne P. Wachsmann, en période *exceptionnelle* les droits fondamentaux tombent dans le « domaine des appréciations subjectives » du législateur et de celle du juge constitutionnel, car c'est de l'étendue et de la rigueur de son contrôle que dépend le sort des libertés ³⁴⁷.

Or, le terrorisme agit sur le contrôle de constitutionnalité et plus précisément sur le cadre de ce dernier, à travers la norme législative qui lui est consacrée.

D'une part, quels que soient les ordonnancements et au nom de la lutte contre le terrorisme, les législateurs voient leur pouvoir discrétionnaire s'étendre vis-à-vis de leur liberté de choix des mesures destinées à protéger l'ordonnancement contre le phénomène (**Chapitre 1**).

D'autre part, les limitations des droits fondamentaux choisies par le législateur pour adapter leur exercice à la lutte contre le terrorisme expriment encore la singularité du phénomène. Le terrorisme infiltre ainsi, par le biais de la norme législative, les paramètres du contrôle de constitutionnalité à travers l'intensification du poids des motifs de restrictions des droits fondamentaux (**Chapitre 2**).

³⁴⁷ P. WACHSMANN, « Chronique de jurisprudence... », art. cit., p. 364.

Chapitre 1 :

L'extension du pouvoir discrétionnaire du législateur

La latitude d'action du législateur dans le cadre de la lutte contre le terrorisme est avérée quelle que soit la source constitutionnelle qui lui accorde cette marge de manœuvre, qui déroge à celle qui est normalement la sienne.

Ainsi, le pouvoir d'action du législateur organique espagnol contre le terrorisme semble de prime abord encadrée strictement par le texte de l'article 55-2 de la Constitution, qui fonde son action en la matière. En pratique, cette marge de manœuvre évolue dans un cadre relativement flexible, qui lui laisse une latitude importante (**Section 1**).

En France et en Italie, le fondement constitutionnel général de l'action législative contre le terrorisme rejaillit sur les contours de cette action. La compétence que le législateur français tire de l'article 34 de la Constitution de 1958 abandonne le processus de conciliation des droits fondamentaux avec les impératifs de sauvegarde de l'ordre public, à la libre appréciation du Parlement. En Italie, le silence de l'article 77, alinéa 2, de la Constitution au regard de la faculté du Gouvernement à procéder à un aménagement des droits fondamentaux, a laissé place à une série d'hypothèses variées sur l'étendue de cette compétence, que la Cour constitutionnelle n'a pas éclaircies dans son arrêt n° 15 de 1982.

L'ensemble des législateurs, y compris en Espagne, dispose donc d'une large marge d'appréciation pour fixer les frontières de leur action en matière d'aménagements des droits fondamentaux. Cela aura pour conséquence de conditionner l'étendue du contrôle de constitutionnalité (**Section 2**).

Section 1 : La latitude de restriction des droits fondamentaux dans l'article 55-2 de la Constitution espagnole

En formulant, dans un article spécifique de la Constitution, les conditions de suspension des droits fondamentaux dans le cadre des enquêtes sur le terrorisme, les constituants espagnols ont exprimé symboliquement leur volonté d'éradiquer le fléau terroriste de leur territoire, tout en indiquant au législateur la voie à suivre dans cette lourde tâche.

La compétence législative semble alors encadrée strictement grâce à l'existence d'un fondement constitutionnel spécifique à son action.

Or, cela ne reste qu'une impression première. À la lecture du texte, beaucoup de zones d'ombres apparaissent, pour finalement souligner que la pratique confère au législateur une grande liberté dans la mise en œuvre du mécanisme de suspension des droits fondamentaux, et cela tant pour l'interprétation des critères auxquels la suspension est soumise (§ 1), que pour l'interprétation des garanties prévues par les constituants (§ 2).

§ 1 – La précision nuancée des conditions de mise en œuvre de la suspension des droits fondamentaux

L'application de l'article 55-2 de la Constitution espagnole par le législateur organique est soumise à une série de conditions destinées à encadrer, au plus près, la mise en œuvre de la limitation des droits fondamentaux. Malgré le soin apporté par les constituants à la rédaction de la mesure, chaque aspect de la limitation offre une marge d'interprétation conséquente au législateur, qui varie, cependant, selon les conditions énoncées.

Si elle reste contenue en ce qui concerne les droits visés et l'étendue de la limitation au regard de la précision globale satisfaisante du texte constitutionnel (A), cette marge s'étend considérablement au regard des personnes susceptibles de voir leurs droits fondamentaux suspendus (B).

A. Une précision globale satisfaisante

Certaines conditions formulées par les constituants au sein de l'article 55-2 de la Constitution espagnole n'offrent que peu d'espace à une interprétation divergente du législateur au cours de l'application du mécanisme.

Ainsi, en citant expressément les droits fondamentaux susceptibles d'être suspendus dans le cadre des enquêtes sur le terrorisme, les constituants ont interdit au législateur d'étendre l'emprise du mécanisme de suspension à d'autres droits (1). De même, en précisant le caractère individuel de la suspension, ils ont entendu contenir le champ d'application de la disposition (2). Seul le sens à donner au terme de *suspension* d'un droit fondamental aurait pu laisser croire que le législateur disposait de la capacité à remettre en cause un droit. Nonobstant, le renvoi précis à

l'énoncé constitutionnel proclamant le droit conditionne l'expression concrète de la suspension (3).

1) L'énoncé limitatif des droits fondamentaux

Les constituants espagnols ont limité la mesure de suspension aux droits fondamentaux reconnus *aux articles 17 alinéa 2 et 18 alinéa 2 et alinéa 3, de la Constitution*. Autrement dit, seuls peuvent être suspendus certains aspects de la liberté individuelle³⁴⁸, l'inviolabilité du domicile³⁴⁹ et le secret des correspondances³⁵⁰. L'article constitutionnel renvoie à la formulation générique des droits telle qu'elle apparaît dans la Constitution et laisse à la loi d'application de cet article la possibilité de préciser les aspects de ces droits qui seront touchés par la suspension³⁵¹.

Le choix des constituants espagnols de limiter la mesure de suspension des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme à ces seuls trois droits est un choix éclairé, dès lors que la suspension des droits fondamentaux dans le cadre d'un état d'exception ou de siège, régie par l'article 55-1 du texte constitutionnel, vise un nombre plus important de droits³⁵². La latitude de l'action du législateur se trouve donc être strictement cantonnée à la suspension des trois droits fondamentaux, expressément visés par l'article 55-2. Le constituant a, de la sorte, interdit au législateur l'accès aux autres droits constitutionnellement proclamés. La liste des droits fondamentaux pouvant faire l'objet d'une mesure de suspension ne peut être modifiée.

³⁴⁸ Article 17, alinéa 2 de la Constitution espagnole : « La garde à vue ne pourra pas durer plus que le temps strictement nécessaire pour réaliser les vérifications tendant à l'éclaircissement des faits et, en tout cas, le détenu devra être mis en liberté ou à la disposition de l'autorité judiciaire dans le délai maximum de soixante-douze heures. »

³⁴⁹ Article 18, alinéa 2 de la Constitution espagnole : « Le domicile est inviolable. On ne pourra y entrer ou le perquisitionner sans le consentement de celui qui y habite ou sans une décision judiciaire, hormis en cas de flagrant délit. »

³⁵⁰ Article 18, alinéa 3 de la Constitution espagnole : « Le secret des communications et, en particulier, des communications postales, télégraphiques et téléphoniques est garanti, sauf décision judiciaire. »

³⁵¹ Ainsi, le législateur organique, dans la première loi d'application de l'article 55-2 de la Constitution espagnole a choisi de préciser, à l'article 2, alinéa 1^{er} de la loi organique 11/1980, que pourront être suspendus a) le droit à être mis en liberté ou à disposition de l'autorité judiciaire dans le délai maximum de 72 heures à compter de la détention, b) le droit à l'inviolabilité du domicile et le droit de refuser tout enregistrement sans consentement ou décision judiciaire, c) le droit à l'inviolabilité des communications et, plus spécialement, des communications postales, télégraphiques ou téléphoniques, et le droit au secret de celles-ci. Le législateur organique a simplement, en l'espèce, repris la rédaction des articles constitutionnels relatifs à ces droits fondamentaux sans ajouter de précisions supplémentaires. Sur le champ d'application de cette loi organique et les questions que cet article 2 soulève, voir F. FERNANDEZ SEGADO, « La suspensión individual... », art. cit., p. 151-153.

³⁵² En vertu de l'art. 55-1 de la Constitution, peuvent être suspendus les droits reconnus aux art. 17 et 18, alinéa 2 et alinéa 3, aux art. 19 et 20, alinéa 1 a) et d) et alinéa 5, aux art. 21 et 28, alinéa 2, et à l'art. 37, alinéa 2, de la Constitution espagnole.

La loi d'application de l'article 55-2 ne doit pas nécessairement prévoir la suspension de l'ensemble des droits fondamentaux cités. La formulation du texte constitutionnel laisse, en effet, la possibilité au législateur de ne prévoir que la suspension d'un seul de ces droits ou de deux d'entre eux. Dans la pratique, les lois antiterroristes ont, cependant, toujours envisagé la suspension de l'ensemble des droits fondamentaux mentionnés à l'article 55-2 de la Constitution espagnole. Cela s'explique par le rôle crucial que peuvent jouer le maintien en garde à vue, les perquisitions de domicile et les écoutes et surveillances des communications pour que les enquêtes sur les agissements terroristes puissent se développer sans entrave.

2) Le caractère individuel de la suspension

La suspension mentionnée à l'article 55-2 de la Constitution espagnole est une suspension *individuelle* ³⁵³. Le constituant ne laisse, sur cet aspect, aucune marge d'interprétation possible au législateur. Seuls certains individus, préalablement visés par la loi d'application de l'article constitutionnel, seront soumis à cette mesure. La suspension des droits fondamentaux reconnus aux articles 17, alinéa 2 et 18, alinéa 2 et alinéa 3, de la Constitution espagnole ne peut concerner l'ensemble de la population d'une communauté autonome ou d'une partie du territoire espagnol.

La suspension des droits fondamentaux dans le cadre des enquêtes sur le terrorisme s'oppose alors à la suspension *générale* des droits fondamentaux prévue à l'article 55-1 de la Constitution, dans le cadre des régimes d'exception et de siège. Cette distinction relative au caractère de la suspension est d'ailleurs fréquemment avancée pour différencier les deux types de mécanismes de suspension des droits ³⁵⁴.

3) Le sens de la suspension des droits fondamentaux

En prévoyant un procédé de suspension, les constituants ont voulu apporter « une véritable restriction » ³⁵⁵ à l'exercice des droits fondamentaux. Celle-ci ne correspond pas à une perte de la titularité du droit, comme cela est le cas dans le système allemand pour les citoyens qui abusent de leurs droits contre l'ordre constitutionnel. La suspension prévue par la Constitution espagnole s'entend, par nature, comme une mesure temporaire. Le juge constitutionnel n'a, d'ailleurs, pas à intervenir en

³⁵³ P. CRUZ VILLALON, « Suspension individual de derechos », in M. ARAGON REYES, *Temas basicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, p. 232-233.

³⁵⁴ F. FERNÁNDEZ SEGADO, « Artículo 55... », art. cit., p. 597 et s; I-M. ABELLAN MATESANZ, « Commentaire de l'article 55 de la Constitution espagnole », 2003, [www.congreso.es].

³⁵⁵ J-J. SOLOZABAL ECHAVARRIA, « Rapport espagnol... », *op. cit.*, p. 153.

amont de la suspension, comme c'est le cas pour la Cour constitutionnelle allemande, qui doit décider de la destitution des droits ³⁵⁶.

La mise en pratique de la suspension de l'exercice d'un droit varie selon le droit visé.

Pour le droit à la sûreté, le renvoi à l'alinéa second de l'article 17 de la Constitution espagnole recentre la suspension sur le délai de garde à vue. Ainsi, une personne soupçonnée d'agissements terroristes pourra être maintenue en garde à vue plus de 72 heures. L'absence de fourchette quant à la durée de la garde à vue pour les enquêtes sur le terrorisme ne confère pas une liberté *totale* au législateur, qui ne peut instaurer une garde à vue illimitée, bien qu'il a tenté de le faire. Mais il a rapidement trouvé la censure du Tribunal constitutionnel ³⁵⁷. Le recadrage de l'appréciation législative sur la question du délai de garde à vue n'est cependant pas le résultat de la formulation de l'article 55-2 de la Constitution, mais celui de l'application du principe de proportionnalité.

En revanche, la rédaction des alinéas 2 et 3 de l'article 18 a laissé le caractère de la suspension plus indécis. D'après la formulation retenue par la Constitution, « le domicile est inviolable. On ne pourra y entrer ou le perquisitionner sans le consentement de celui qui y habite ou sans une décision judiciaire, hormis en cas de flagrant délit », et « le secret des communications et, en particulier, des communications postales, télégraphiques et téléphoniques est garanti, sauf décision judiciaire ».

La question qui s'est alors posée a été celle de savoir si la suspension équivalait à supprimer la décision judiciaire prévue dans chacun des articles – alors que l'article 55-2 exige, au titre des garanties, la *nécessaire intervention judiciaire* –, ou si c'est le consentement de l'intéressé qui n'est plus requis pour procéder à la perquisition, ou bien si les deux hypothèses devaient se cumuler.

Le texte constitutionnel n'a donc pas été si précis sur ce point, et c'est au législateur organique qu'il est revenu de préciser ce concept de suspension de ces deux droits, sous le regard attentif du juge constitutionnel espagnol.

Nous touchons là aux premières nuances quant à la précision de l'encadrement de l'action législative par le texte constitutionnel de l'article 55-2.

Il était cependant largement entendu que, dans l'esprit des constituants, la suspension ne pouvait correspondre à la disparition pure et simple du droit qui aurait ouvert la porte à une privation de ses aspects essentiels de la sphère privée des individus que sont le domicile et les correspondances. Le législateur espagnol a donc

³⁵⁶ V. l'article 18 de la Loi Fondamentale allemande, *supra*.

³⁵⁷ V. *infra* la seconde partie.

interprété la suspension des droits fondamentaux que constituent l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances, en une suspension des garanties offertes ordinairement à ces droits. En d'autres termes, c'est l'exigence de décision judiciaire préalable à l'action des forces de police qui a été suspendue, permettant, en conséquence, l'entrée dans un domicile et la surveillance des correspondances sur la seule décision des agents sur le terrain.

Nonobstant, la mise en œuvre du mécanisme s'est révélée bien délicate puisque la suspension de l'intervention d'un juge dans ces deux cas, a dû être conciliée avec la garantie exigée par les constituants eux-mêmes d'une nécessaire intervention judiciaire. Cela a donné lieu à plusieurs griefs de constitutionnalité devant le Tribunal constitutionnel.

La suspension n'équivaut donc pas à une absence totale de protection, mais à une nouvelle lecture des préceptes constitutionnels, pour un temps défini, qui doit être faite, dans un premier temps, par le législateur et vérifiée, ensuite et le cas échéant, par le juge constitutionnel espagnol.

Par ces premières conditions de mises en œuvre de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, les constituants ont fixé les premières limites à l'application du mécanisme de suspension par le législateur, afin d'éviter une application généralisée d'une mesure si attentatoire aux droits fondamentaux. Le législateur espagnol voit, donc, sa compétence relativement délimitée. Comme toute formulation textuelle d'une compétence institutionnelle, certains points ont nécessité quelques précisions. Pour autant, le législateur n'a pu interpréter ces conditions pour élargir son emprise sur les droits fondamentaux.

En revanche, l'expression retenue par les constituants pour désigner les personnes susceptibles de voir leurs droits fondamentaux suspendus confère une grande liberté au législateur pour délimiter le champ d'application de la mesure.

B. Une précision relative quant aux catégories de personnes visées par la norme

En tant que mesure de suspension générale des droits, l'article 55-1 de la Constitution espagnole ne précise pas les catégories de personnes visées par la disposition. L'article 116 du même texte, qui régit les états exceptionnels, est également silencieux sur ce point. À l'inverse, en tant que mesure de suspension *individuelle* des droits, l'article 55-2 mentionne la ou les catégorie(s) de personnes susceptibles de se voir appliquer la suspension individuelle.

Celui-ci dispose, ainsi, que seules les personnes « en relation avec les investigations correspondant aux agissements de bandes armées ou d'éléments terroristes » pourront voir leurs droits fondamentaux suspendus. Par cette expression, la suspension *individuelle* des droits se trouve conditionnée à l'existence d'une enquête sur les activités des bandes armées ou des éléments terroristes et ne doit viser que les personnes *impliquées* dans ces mêmes enquêtes.

Son application est donc, de prime abord, assez restreinte, puisqu'elle ne peut concerner qu'un nombre limité de personnes et non tous les habitants d'un territoire, comme cela peut être le cas lors de l'application des régimes d'exceptions ou de siège ³⁵⁸.

Cependant, en pratique, la formulation de l'article 55-2 de la Constitution a soulevé quelques doutes qui nous poussent à relativiser la précision du texte constitutionnel ³⁵⁹. Les expressions « en relation », « bandes armées » et « éléments terroristes » ont ainsi exigé des éclaircissements.

Tout d'abord, le sens de l'expression *en relation* a posé des difficultés. En visant « les personnes *en relation* avec les investigations correspondant aux agissements des bandes armées ou d'éléments terroristes », le constituant a-t-il entendu les personnes intégrées dans ces groupes, les personnes coopérant avec eux ou bien encore d'autres personnes ayant un lien plus ou moins défini avec eux ? La réponse peut varier. Si l'on s'en tient à une analyse littérale du texte, la formule *en relation avec les enquêtes* est particulièrement large ³⁶⁰, si bien que les citoyens qui ne font pas partie des bandes armées et qui ne sont pas en relation directe avec ces mêmes bandes ou avec des éléments terroristes peuvent parfaitement être affectés par une mesure de suspension *individuelle*.

Il revient donc au législateur de préciser la nature du lien qui doit exister entre des personnes et les enquêtes sur les actions menées par des organisations armées ou terroristes, afin de délimiter le champ d'application de la suspension des droits fondamentaux. Toutefois, ce n'est qu'une possibilité qui s'offre au législateur et non une obligation. Les lois organiques d'application de l'article 55-2 de la Constitution espagnole peuvent parfaitement – et cela a d'ailleurs été le plus souvent

³⁵⁸ J.-J. SOLOZABAL ECHAVARRIA, « Rapport espagnol... », art. cit., p. 154 ; P. CRUZ VILLALON, « Suspension individual... », art. cit., p. 232-233.

³⁵⁹ Pour de plus amples développements, v. F. FERNÁNDEZ SEGADO, « La suspensión individual... », art. cit., p. 140 et s.

³⁶⁰ *Ibid.* F. FERNÁNDEZ SEGADO souligne que la même idée est partagée par PEDRO CRUZ VILLALÓN (« La protección extraordinaria del Estado », in G. DE ENTERRIA et A. PREDIERI, *La Constitución española de 1978, Estudio sistematico*, 2^{ème} éd., Madrid, Civitas, 1981, p. 708).

le cas – se contenter de reprendre la formulation générale de l'article, voire de l'élargir³⁶¹.

Une seconde série de doutes a visé le contenu des expressions telles que celles de *bandes armées* ou *d'éléments terroristes*. Elles peuvent recevoir une multitude d'interprétations.

La première interrogation qui vient à l'esprit est le fait de savoir si ces deux expressions recouvrent le même contenu. Si le constituant a pris soin de les distinguer, on peut légitimement penser qu'il a voulu renvoyer à deux catégories de groupes dangereux. Ce n'est cependant qu'après une tentative de définition de chacun des concepts que cette réponse peut être confirmée.

La notion de *bandes armées* semble être le concept le plus facile à appréhender. La question de son contenu a soulevé de vifs débats dès les discussions sur la loi 56/1978 du 4 décembre devant la Commission de Justice du Congrès. La référence à une *bande* suppose une pluralité de personnes qui constituent un groupe. Le caractère *armé* renvoie, quant à lui, à la volonté de commettre des délits. Pour la doctrine espagnole, il n'est pas nécessaire que cette entité se manifeste par la commission du même délit. Une *bande armée* s'illustrerait donc par une association de personnes qui, par leur caractère armé, ont pour principe de commettre des délits³⁶². Dans le texte de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, aucune précision n'est

³⁶¹ À la lecture de la première loi organique d'application de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, la loi organique 11/1980, F. FERNÁNDEZ SEGADO estime que seules les personnes intégrées ou *en relation* avec les groupes mentionnés pourront être touchées par les mesures de suspension des droits. Il convient que cette précision de la loi organique ne lève pas l'ambiguïté de l'expression *en relation avec* (« La suspensión individual... », art. cit., p. 143). Effectivement, la rédaction de l'article 1^{er} de cette loi ne fournit finalement que peu de précisions par rapport à la formulation employée par les constituants. Au pire a-t-elle le pouvoir d'accentuer l'incertitude sur les personnes concernées par ces dispositions, puisque le législateur a cru bon d'insérer la notion de présomption : l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi organique 11/1980 est rédigé comme suit : « En vertu de l'article 55-2 de la Constitution, les personnes dont les droits fondamentaux peuvent être suspendus dans les hypothèses et selon la portée prévue par la présente loi, sont celles qui sont présumées appartenir ou être en relation soit avec des éléments terroristes soit avec des bandes armées qui menacent gravement la sécurité des citoyens et qui projettent, organisent, exécutent, coopèrent ou incitent de manière directe, la réalisation des actions mentionnées au paragraphe suivant, ainsi que celles qui, une fois ces mêmes actions projetées, tentées ou commises, en feront l'apologie publique ou en dissimuleront les complices ». L'auteur souligne même avec insistance que l'introduction de la notion de présomption par le législateur organique pose problème au regard du principe de sécurité juridique, du principe d'interdiction de l'arbitraire de la part des pouvoirs publics et de la présomption d'innocence. Ces derniers se trouvent menacés par le fait qu'un des éléments qu'exige l'article 1^{er} de la loi organique 11/1980, pour suspendre l'exercice des droits fondamentaux, est une simple présomption : l'intégration ou la relation avec une bande armée ou des éléments terroristes n'est pas exigée, c'est la simple présomption d'une telle relation qui suffit. Il paraît évident que le droit à la présomption d'innocence signifie que, non seulement on ne peut présumer de la culpabilité mais surtout, qu'elle doit être prouvée. La loi se sert de cette présomption dans un sens radicalement différent. En vertu de cette présomption, une personne peut être temporairement privée de certains de ses droits fondamentaux (V. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Ibid.*, p. 146-147).

³⁶² *Ibid.* p. 140. Il cite deux études de MARINO BARBERO SANTOS qui mettent bien en avant la difficulté à cerner la notion de *bandes armées* (v. notamment « El bandolerismo en la legislación vigente », in *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1970, p. 253 et s. ; ID., « Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo », in *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, Salamanca, 1971, p. 143 et s.).

fournie quant à la nature du délit que les bandes armées ont pour intention de commettre. Il aurait été pourtant utile d'éclaircir cette référence aux bandes armées en précisant, par exemple, que les activités de ces dernières devaient avoir pour objectif de subvertir l'ordre ou d'attaquer les principes contenus dans le titre premier de la Constitution. Sans autre détail, la confusion est possible entre différents types de bandes, dont certaines sont dites *armées* sans que leur action ne soit soutenue par une motivation idéologique ou politique. Ces possibilités sont d'ailleurs déjà envisagées par le droit pénal et ne méritent pas les honneurs d'une constitutionnalisation ³⁶³.

Les lois d'application de l'article 55-2 de la Constitution espagnole ne fournissent pas d'éléments déterminants permettant d'ébaucher une notion plus précise du concept de *bande armée* ³⁶⁴. Ce silence est finalement assez logique puisque le législateur organique n'est pas soumis à une *obligation* de définir les notions pour les mettre en œuvre mais à une simple *possibilité*.

Ce sont, en dernier lieu, les organes juridictionnels qui ont eu à connaître des actions criminelles menées par les bandes armées auxquels il est revenu de délimiter la notion.

Les éléments dégagés par l'*Audienca Nacional* et le Tribunal Suprême rejoignent ceux mis en avant par la doctrine. Quatre éléments permettent ainsi de cerner la notion de *bande armée*.

Le premier serait l'exigence d'un lien stable et durable entre les membres de la bande, lien qui transcende le simple sens étymologique du groupe ³⁶⁵ et qui implique que l'accord préalable ou le concert de volontés ne s'épuise pas en un seul acte délictuel. Le second exigerait que l'organisation de la bande armée soit présidée par des idées de discipline et de hiérarchie. Le troisième viserait l'objectif de la bande armée. Celle-ci doit agir dans une finalité concrète qui se projette vers la perpétration habituelle, et non sporadique ou isolée, d'une série d'actions délictuelles avec lesquelles on prétend poursuivre un objectif idéologique qui, en dernier recours, constitue l'ultime *ratio* de son existence. Enfin, le quatrième, et dernier,

³⁶³ P. LUCAS VERDU, *Constitución española...*, *op. cit.*, p. 147.

³⁶⁴ Les premières lois n'ont pas fourni de précisions aptes à cerner convenablement le concept. Ainsi, la loi organique 11/1980 précise que les bandes armées « ont une incidence très grave sur la sécurité des citoyens », sans que cette explication contribue à éclaircir totalement le concept. Déjà, le décret-loi Royal 3/1979 du 26 janvier déterminait de manière générale les actions susceptibles de perturber la sécurité des citoyens. Une tentative de définition de la notion avait pourtant été faite au cours des débats au Sénat sur le projet de la loi 56/1978 : le porte-parole du groupe de sénateurs basque, VIDARTE DE UGARTE, avait proposé un amendement visant à considérer comme un groupe organisé ou armé « l'association de deux ou plusieurs personnes, qui se sont accordées pour réaliser certains délits – ceux visés par la loi – avec des mobiles ou des procédés terroristes, et ceux qui, sans être intégrés dans l'organisation, agissent à son service ou exigent de celle-ci ses services pour poursuivre une telle finalité », *DSS*, 57, 22 septembre 1978, p. 2838.

³⁶⁵ Au sens étymologique, un groupe est la réunion de trois personnes minimum.

élément concerne l'identification de la capacité de l'action quant à la réalisation des conduites précitées. Cela implique que la bande dispose de l'armement adéquat pour mener à terme ses activités délictueuses ³⁶⁶.

L'élément déterminant de la notion de *bande armée* est l'aspect idéologique de l'action que le groupe poursuit. En effet, l'aspect organique de la structure la rapproche de toute association de malfaiteur, de même que le potentiel matériel à mener les actions jusqu'à leur terme. En revanche, la distinction va s'opérer sur la volonté bien précise d'agir dans un but déterminé, idéologique ou politique. C'est, à notre sens, l'interprétation à retenir pour délimiter le champ d'application de l'article 55-2 de la Constitution espagnole.

Dans le même esprit, face à l'absence de précision du texte constitutionnel de l'expression *d'éléments terroristes*, la doctrine espagnole a élaboré une définition de ce concept tout en recherchant dans les lois d'application de l'article 55-2 de la Constitution espagnole des éléments de précision. Malheureusement, ces dernières n'ont jamais fourni de définition satisfaisante de la notion d'éléments terroristes ³⁶⁷. Au mieux ont-elles essayé de délimiter la notion d'action terroriste – avec un succès très relatif – ce qui n'a pas contribué à l'éclaircissement de la notion d'éléments terroristes.

Pourtant, le sens de l'expression nécessite automatiquement une maîtrise de la définition du terrorisme.

Nous savons que la doctrine espagnole s'accorde traditionnellement sur deux éléments pour définir le terrorisme : les moyens violents et les fins politiques ou

³⁶⁶ F. FERNANDEZ SEGADO, « La suspensión individual... », art. cit., p. 144-145. Dans la pratique, l'*Audiencia Nacional* a exigé une série de conditions dont l'énumération n'est que le reflet des nombreux *autos* rendus par l'assemblée plénière de cette juridiction. Sa jurisprudence dégage aussi quatre éléments caractéristiques. Elle insiste ainsi sur l'union qui doit exister entre les membres de la bande plus ou moins stable et durable ; sur l'organisation au sein du groupe et l'acceptation de la hiérarchie par l'ensemble des membres, et l'imposition de cet ordre par des dirigeants ; sur la motivation du groupe, qui ne doit pas se limiter à la réalisation d'un délit mais d'un ensemble d'actions qui soutiennent leur lutte idéologique qui constitue la raison même de leur existence ; enfin, le caractère armé ou explosif des moyens d'actions est essentiel. Il ne suffit pas que quelques membres disposent d'une arme. Le Tribunal Suprême rejoint l'*Audiencia Nacional* dans une décision du 25 janvier 1982 rendue à la suite du pourvoi en cassation pour infraction de la loi 535/1980 contre l'*auto* de la section pénale de l'*Audiencia Nacional* du 14 janvier 1980. On y lit que les groupes et les bandes organisées et armées sont « les regroupements pour l'action armée pourvus d'une certaine organisation de laquelle s'établissent des liens, stables ou permanents, présidée par les idées de hiérarchie et de discipline et des projets d'actions diverses et indéterminées avec des moyens destinés normalement aux organisations criminelles (armements et explosifs) ».

³⁶⁷ La loi organique 11/1980 ne donne aucune précision sur la notion. Ce constat conduit F. FERNANDEZ SEGADO à demander à la doctrine certaines clarifications. Celles-ci sont pourtant difficiles à obtenir tant la notion de terrorisme et ses dérivés sont entourés d'une *nébuleuse* rendant leur définition toujours très aléatoire. Il estime cependant que la rédaction de l'alinéa 1^{er} de la loi organique témoigne d'un plus grand respect du principe de sécurité juridique par rapport aux autres textes qui l'ont précédée et à la rédaction initiale du projet. cf. *Ibid.*, p. 146-147.

sociales de l'action terroriste ³⁶⁸. Pour F. Fernandez Segadó, le premier élément qui permet de savoir que l'on se trouve face à un *élément terroriste* est l'*animus* de la personne qui, de par son action, doit poursuivre la volonté de semer la terreur dans des secteurs précis de la population, afin de faciliter l'implantation d'un système social ou politique différent de celui en place.

À l'instar de la notion de *bande armée*, c'est également l'élément finaliste qui définit principalement le concept d'*éléments terroristes*.

Cette approche téléologique de ces formes de groupes criminels présente des difficultés de qualification certaine. Pourtant, l'importance de connaître le contenu de ces notions ainsi que celui de l'expression *en relation* est essentielle puisque le champ d'application de l'article 55-2 de la Constitution espagnole en dépend.

La suspension *individuelle* pourra ainsi viser *toute personne* dont les droits fondamentaux doivent être suspendus pour la bonne marche de l'enquête sur l'activité terroriste. Ce peut être aussi bien ceux qui sont soupçonnés d'avoir commis l'attentat que ceux dont les domiciles ou les voies de communications ont servi à l'organiser. Le large panel d'individus pouvant faire l'objet de la mesure, en étendant considérablement la portée de la législation antiterroriste, recentre encore une fois la réflexion sur l'importance de délimiter le plus précisément possible la notion même de terrorisme ³⁶⁹.

Il faut souligner que le code pénal espagnol, récemment modifié dans sa partie relative aux délits de terrorisme ³⁷⁰, ne fait plus mention des notions de *bande armée et d'éléments terroristes*. Le législateur a préféré adopter les termes d'organisations et groupe terroristes, qu'il prend d'ailleurs le soin de définir à l'article 571, alinéa 3 ³⁷¹.

³⁶⁸ F. FERNANDEZ SEGADO, « La suspensión individual... », art. cit., p. 141. Au titre de la doctrine, il cite notamment FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 2^{ème} éd., Séville, 1976, p. 615.

³⁶⁹ J.-J. SOLOZABAL ECHAVARRIA, « Rapport espagnol... », art. cit., p. 152. P. CAMBOT souligne également à ce sujet que « l'individualisation de [la] dérogation [de l'inviolabilité du domicile] pose évidemment un problème. Les domiciles perquisitionnés en dehors de toute intervention judiciaire ne seront pas uniquement ceux des personnes impliquées dans des actes terroristes mais encore ceux de toute personne chez qui elles sont censées avoir trouvé refuge [...] », in *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, Aix-en-Provence-Paris, PUAM-Economica, 1998, p. 105.

³⁷⁰ Loi organique 5/2010 du 22 juin, Modification de la loi organique 10/1995 du 23 novembre valant code pénal, B.O.E., du 23 juin 2010.

³⁷¹ Cet alinéa est rédigé comme suit : « Pour les effets de ce code, sont considérés comme des organisations ou des groupes terroristes les regroupements qui, réunissant les caractéristiques respectivement établies au paragraphe second de l'alinéa 1 de l'article 570bis et au paragraphe second de l'alinéa 1 de l'article 570ter, ont pour finalité ou pour objet de subvertir l'ordre constitutionnel ou d'altérer gravement la paix publique à travers la perpétration de n'importe quel délit prévu dans la présente section. »

Cette démarche, tout à fait positive pour recentrer la notion d'acte de terrorisme, reste cependant en marge de la rédaction de l'article 55-2 de la Constitution, qui n'a reçu, pour l'instant, aucune modification.

Très précis dans sa perception initiale, l'article 55-2 de la Constitution espagnole peut vite élargir son emprise en pratique, afin de faciliter les enquêtes terroristes, et ce, au mépris de la volonté des constituants. La marge d'imprécision induite par la rédaction de l'article 55-2 bénéficie au législateur espagnol. Ce dernier se trouve alors investi d'un large pouvoir d'appréciation pour mettre en œuvre les suspensions des droits fondamentaux, large pouvoir qui a pour corollaire la réduction de l'espace de contrôle du juge constitutionnel.

À côté des limites inhérentes à la formulation des conditions de mise en œuvre du mécanisme de suspension des droits fondamentaux, les constituants ont inséré à l'article 55-2 des limites plus explicites à l'action du législateur, afin que la restriction de la sphère de liberté de certains citoyens présente des garanties jugées essentielles dans une démocratie. L'intérêt de la prévision est, là encore, évident, bien que, dans les faits, son interprétation accorde, ici aussi, un vaste espace d'appréciation au législateur, qui rend leur effectivité, finalement, assez inégale.

§ 2 – La formulation sommaire des garanties à la suspension des droits fondamentaux

Bien que le constituant a entouré la suspension individuelle des droits fondamentaux de plusieurs garanties, le législateur espagnol dispose d'une marge de liberté importante dans leur mise en œuvre, au point de pouvoir les rendre peu effectives. Exceptée la première d'entre elles, la réserve de loi organique, qui n'offre aucune alternative possible au législateur (**A**), la formulation des autres garanties a permis au législateur de les interpréter avec une telle liberté, lors de chaque mise en œuvre de l'article 55-2 de la Constitution, qu'il a fini par leur faire perdre une grande partie de leur vigueur (**B**).

A. Le caractère absolu de la réserve de loi

L'exigence d'une loi organique pour encadrer la lutte contre le terrorisme en Espagne est très significative. Elle résulte de la formulation même du texte de

l'article 55-2 de la Constitution, qui prévoit qu'« une loi organique pourra déterminer les formes et les cas » de suspension de certains droits fondamentaux.

Le fait que les Constituants aient choisi d'attribuer la suspension individualisée de certains droits fondamentaux expressément à une loi organique témoigne de leur souhait que cette question bénéficie d'un certain niveau de débat, d'un consensus politique avéré lors de la discussion parlementaire, et d'un contrôle *a posteriori* par le Tribunal constitutionnel.

La logique de la réserve de loi implique que les limitations à l'exercice des droits fondamentaux, quelle qu'en soit la nature, soient effectuées par le législateur. Le Tribunal constitutionnel l'a rappelé en ces termes dans la décision 25/1981 : « La Constitution réserve aux *Cortes Generales* tout ce qui concerne le développement des droits fondamentaux et des libertés publiques, qui constituent le fondement même de l'ordre politico-juridique de l'État dans son ensemble, comme elle leur réserve aussi leur éventuelle suspension sur la base de l'article 55-2, article qui a servi de base à la loi organique 11/1980 déferée »³⁷².

La loi organique est le résultat d'un processus législatif plus complexe que celui emprunté pour la loi ordinaire. Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, l'exigence d'une telle norme correspond pour le Tribunal constitutionnel espagnol, au fait que : « Le constituant a demandé [...] que cette option normative soit adoptée au moyen d'une loi organique, c'est-à-dire grâce à une majorité qui coïncide au Congrès des députés, à celle exigée pour la déclaration de l'état de siège, à un degré de consensus, donc, qui englobe les options normatives et politiques les plus importantes, à quelques exceptions près »³⁷³.

Cette *figure* ou *catégorie* de loi, qui fait son apparition dans le texte de 1978³⁷⁴, ne fait pas l'objet d'une définition formelle dans la Constitution. Deux aspects la distinguent néanmoins des autres sources normatives de l'État espagnol³⁷⁵ : son contenu et sa procédure d'adoption.

³⁷² STC 25/1981, cons. en droit n° 5.

³⁷³ STC 71/1994, cons. en droit n 3, §5.

³⁷⁴ Une partie de la doctrine ne voit pas de raisons explicites à la création de cette nouvelle catégorie de lois (T-R. FERNANDEZ, *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1981, p. 16 ; O. ALZAGA VILLAAMIL, *La Constitución de 1978...*, *op. cit.*, p. 542). Une autre estime que l'insertion des lois organiques dans la Constitution de 1978 a posé plus de problèmes qu'elle n'en a résolus (E. ALVAREZ CONDE, *El regimen político español*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 290).

³⁷⁵ L'absence de définition formelle de la loi organique est tout à fait logique puisqu'une telle définition serait identique à la définition de la *loi*. Ces deux actes sont en effet des *actes normatifs adoptés par les Chambres*. Il faut toutefois souligner que d'autres normes, qui n'émanent pas exclusivement du Parlement, reçoivent des intitulés très proches : décret législatif, décret-loi, normes législatives, dispositions normatives ayant force de loi des Communautés autonomes. La définition formelle de la loi *tout court* est, en revanche, la seule retenue comme étant la plus conforme à la définition de l'État de droit de l'article 1^{er} de la Constitution (J-

La forme de loi organique est réservée à un certain nombre de domaines limitativement énumérés par la Constitution. En vertu de l'article 81-1 de la Constitution espagnole, « les lois organiques sont celles qui se réfèrent au développement des droits fondamentaux et des libertés publiques, celles qui approuvent les statuts d'autonomie et le régime électoral général, ainsi que les autres lois prévues dans la Constitution ». Par cette dernière expression, il faut entendre l'ensemble des « normes régulant l'activité des organes constitutionnels, relatives aux matières d'importance constitutionnelle, à l'exercice de certains droits ou à la configuration de l'État autonome »³⁷⁶ ou, pour être un peu plus explicite, les vingt-cinq articles de la Constitution qui exigent expressément une loi organique. Ces articles ont en commun l'organisation des grandes institutions (le Tribunal constitutionnel, la Cour des comptes par exemple), ou des problèmes liés à la protection des libertés (état d'exception) et, de manière générale, les matières se rapportant aux Communautés autonomes (comme leur financement)³⁷⁷.

L'adoption d'une loi organique, organisée au paragraphe 2 de l'article 81 de la Constitution espagnole³⁷⁸, exige une majorité absolue du Congrès sur l'ensemble du projet de loi, tant pour son adoption, sa modification que sa dérogation. Les lois organiques sont donc des lois du Parlement adoptées en séance plénière³⁷⁹.

L'exigence d'une telle majorité implique un accord solide entre les différents partis sur le contenu de la loi. Elle a aussi pour conséquence qu'une loi organique ne sera jamais la conversion d'un décret-loi de l'article 86 de la Constitution³⁸⁰ ; de même qu'elle ne fera jamais l'objet d'une délégation en Commission, en vertu de l'article 75-2 de la Constitution ; enfin, l'article 87-3 de la Constitution empêche qu'une initiative législative populaire soit organisée dans une matière réservée à une loi organique.

L. BREY, *Derecho constitucional de España (sistema de la Constitución de 1978)*, Madrid, Editorial universitas, 2006, p. 124-125 ; A-L. ALONSO DE ANTONIO, J-A. ALONSO DE ANTONIO, *Derecho constitucional español*, 4^{ème} éd., Madrid, Editorial Universitas, 2006, p. 94 et s. ; L. SANCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, 7^{ème} éd., Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 1993, p. 337 et s.). On pourrait toutefois définir la loi organique comme « une disposition qui prend la forme, dans notre ordonnancement constitutionnel, d'un instrument nécessaire pour le développement stable de certaines hypothèses envisagées par la Constitution » (J. GALVEZ MONTES, « Artículo 81 », in O. ALZAGA VILLAAMIL, *Constitución española de 1978*, Tomo VII, Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 1985, p. 16).

³⁷⁶ P. GARCIA-ESCUADERO MARQUEZ, « Comentario de l'articolo 81 », [www.congreso.es], juin 2005.

³⁷⁷ L. SANCHEZ AGESTA, *Ibid.*, p. 341.

³⁷⁸ Article 81-2 de la Constitution espagnole : les lois organiques seront adoptées, modifiées ou abrogées à la majorité absolue du Congrès, par un vote final sur l'ensemble du projet.

³⁷⁹ À l'issue de ce vote, le texte peut être approuvé ou rejeté par le Congrès tout comme le Sénat peut lui opposer un veto ou présenter des amendements. Sur les conséquences de ces différentes positions : J-L. BREY, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 363, P. GARCIA-ESCUADERO MARQUEZ, « Comentario... », art. cit.

³⁸⁰ D'ailleurs cet article énumère explicitement les matières qui ne pourront être réglementées par un décret-loi et l'on y retrouve, dans une terminologie différente, les matières de l'article 81-1 de la Constitution.

En outre, en vertu de l'article 87, alinéa 1^{er}, de la Constitution, l'initiative des lois organiques est réservée au Gouvernement, au Congrès des députés et au Sénat, conformément à la Constitution et aux règlements des Chambres. Elle est donc exclusivement détenue par les pouvoirs de l'État central et non partagée entre ce dernier et les Communautés autonomes ³⁸¹.

Les constituants ont ainsi voulu attribuer aux lois organiques une valeur spéciale. Ils les ont placées avant la loi ordinaire dans le texte constitutionnel et leur ont réservé un certain nombre de matières qu'ils entendaient protéger de manière spécifique ³⁸². Le caractère organique d'une loi est donc très important. À ce titre, le Tribunal constitutionnel exerce un contrôle très vigilant sur ce caractère ³⁸³ qui laisse penser qu'il se livre à un examen minutieux des textes adoptés dans les matières cruciales que la loi organique est censée régir. Ce contrôle se justifie également par le fait que la loi organique se distingue des lois ordinaires et des règlements, mais elle entretient avec ces autres normes une relation étroite. Une loi organique peut attribuer à une loi ordinaire ou à un règlement le soin de la mettre en application et un même texte législatif peut contenir des dispositions *organiques* et des dispositions *ordinaires* ³⁸⁴. Cette dualité normative dont peuvent faire preuve certains textes exige donc une attention particulière de la part du Tribunal constitutionnel espagnol.

Le législateur espagnol n'a donc pas de marge de liberté quant à la prévision d'une loi organique pour organiser la suspension des droits fondamentaux dans le cadre des enquêtes sur les bandes armées et les éléments terroristes. Il a d'ailleurs toujours respecté cette exigence. Toutes les lois antiterroristes adoptées sous le régime de la nouvelle Constitution sont des lois organiques.

³⁸¹ La compétence législative des Communautés autonomes apparaît aux articles 148, 149, 150 et 152 de la Constitution espagnole. Pour des précisions sur la procédure législative en Espagne, v. J.-L. BREY, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 353-364, L. SANCHEZ AGESTA, *Sistema político...*, *op. cit.*, p. 333 et s..

³⁸² En effet, l'une des raisons avancées pour justifier la création de cette catégorie de loi est que la loi organique a représenté une habile tactique pour rassurer les constituants qui n'arrivaient pas à s'accorder sur un certain nombre de questions, afin de leur permettre de conditionner les choix futurs dans certains secteurs, avec cette procédure particulière, cf. O. ALZAGA VILLAAMIL, *La Constitución de 1978...*, *op. cit.*, p. 542. Sur la distinction des lois organiques au regard des lois ordinaires, voir L. SANCHEZ AGESTA, *Ibid.*, p. 340 ; J. GALVEZ MONTES, « Artículo 81 », *art. cit.*, p. 21-24.

³⁸³ Le Tribunal constitutionnel a effectivement développé une jurisprudence très riche sur la question des lois organiques, afin d'assurer une meilleure cohésion entre les différentes normes de l'ordonnement. Il protège véritablement le caractère organique de la loi du fait que l'article 28-2 de la LOTC lui donne la possibilité de déclarer inconstitutionnelles pour méconnaissance de l'article 81, « les dispositions d'un décret-loi, d'un décret législatif, d'une loi, qui n'auraient pas été approuvées avec ce caractère et quel que soit leur contenu ». Sur l'impact de cette dernière expression, voir A.-L. ALONSO DE ANTONIO, J.-A. ALONSO DE ANTONIO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 98, E. ALVAREZ CONDE, *El regimen político...*, *op. cit.*, p. 292-293.

³⁸⁴ V. notamment la STC 5/1981 et J.-L. BREY, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 125, P. GARCIA-ESCUERO MARQUEZ, « Comentario... », *art. cit.*

Le renvoi à la loi organique n'est toutefois pas un renvoi « en blanc »³⁸⁵. Bien au contraire, il doit se lire avec les autres garanties offertes par l'article constitutionnel qui se révèlent, cependant, moins contraignantes qu'elles n'y paraissent.

B. La flexibilité des autres garanties prévues par le constituant

Parmi les autres garanties entourant la suspension individuelle des droits fondamentaux dans la Constitution espagnole, on retrouve l'exigence d'une « nécessaire intervention judiciaire » (1), d'un « contrôle parlementaire adéquat » (2) et d'une garantie pénale face à « l'utilisation injustifiée ou abusive des facultés reconnues dans ladite loi organique » (3). Ces garanties expresses, insérées à l'article 55-2 de la Constitution, viennent compléter une garantie implicite qui repose sur le fait que la suspension des droits fondamentaux doit être *nécessaire* au moment où le législateur organique la met en place (4).

L'ensemble de ces limites devait former, selon l'esprit des constituants, un garde-fou puissant pour contenir les risques de dérives inhérents à un tel mécanisme. La réalité en a pourtant décidé autrement. Ces garanties ont été manipulées par le législateur organique avec une grande liberté et force est de constater qu'elles sont aujourd'hui en partie défaillantes.

1) La nécessaire intervention judiciaire

La référence opérée par l'article 55-2 de la Constitution espagnole à une *nécessaire intervention judiciaire* a donné lieu à plusieurs interprétations possibles.

Certains ont pensé que l'expression impliquait que l'intervention judiciaire devait être préalable à toute mesure de suspension et, en conséquence, que seul un juge pouvait autoriser la mise en place de ce régime particulier pour les droits fondamentaux. Les tenants de cette thèse prenaient appui sur la nature même de la suspension de l'article 55-2 de la Constitution, qui exige une mesure *individuelle* visant seulement *certaines personnes*. Seule l'autorité judiciaire serait donc apte à apprécier l'intérêt d'adopter une telle mesure et à en limiter, au cas par cas, le champ d'application³⁸⁶.

³⁸⁵ *STC* 71/1994, cons. en droit n° 3, § 6.

³⁸⁶ Parmi les auteurs soutenant cette interprétation, PEDRO CRUZ VILLALON remarquait qu'elle posait quelques problèmes, notamment au regard de l'application des articles 18, alinéa 2 et alinéa 3 de la Constitution puisque ces derniers conditionnent la limitation des droits qu'ils reconnaissent à l'intervention judiciaire. Ainsi, il n'y aurait aucune différence entre la garantie « ordinaire » de ces droits et celle offerte

Dans la même logique, une autre partie de la doctrine a défendu la thèse selon laquelle il reviendrait au Tribunal constitutionnel de se prononcer sur l'application de la mesure individuelle de suspension des droits fondamentaux ³⁸⁷. Cette interprétation de la mesure individuelle de suspension des droits fondamentaux ne va pas sans rappeler la possibilité de déchéance des droits fondamentaux mise en place par l'article 18 de la Loi Fondamentale de Bonn, qui confie à la Cour constitutionnelle fédérale le soin de décider du bien-fondé et de l'étendue de la mesure de déchéance des droits ³⁸⁸.

Ces deux thèses peuvent toutefois être rapidement écartées, tout d'abord, en se référant au vocabulaire précis choisi par les constituants et, ensuite, en se rappelant la volonté poursuivie par ces derniers. En effet, si le texte de l'article 55-2 de la Constitution se réfère à l'adjectif *nécessaire* pour qualifier l'intervention judiciaire et ne renvoie pas expressément au Tribunal constitutionnel, nous pouvons en déduire que le constituant n'a pas forcément voulu conditionner la mesure de suspension individuelle à une intervention *préalable* du juge ³⁸⁹ et, *a fortiori*, du juge constitutionnel. De même, les mécanismes de l'article 55-2 de la Constitution espagnole et de l'article 18 de la Loi Fondamentale de Bonn sont sensiblement différents, comme cela a plusieurs fois été souligné par la doctrine ³⁹⁰. Les conditions de mise en œuvre de chacun de ces mécanismes n'ont donc aucune raison d'être identiques ³⁹¹.

Un autre courant doctrinal s'est concentré sur la question de savoir quelle était l'autorité compétente, dans la réalité du quotidien, capable d'autoriser une mesure si grave pour les droits fondamentaux, pour conclure à la compétence du

lors d'une suspension individuelle. L'auteur lui-même constate qu'une loi d'application de l'article 55-2 de la Constitution, qui ne distinguerait pas les garanties ordinaires des garanties imposées par la Constitution pour suspendre les droits, pourrait être déclarée inconstitutionnelle. V. P. CRUZ VILLALON, « La protección extraordinaria del Estado », in G. DE ENTERRIA et A. PREDIERI, *La Constitución española de 1978, Estudio sistemático*, 2^{ème} éd., Madrid, Civitas, 1981, p. 708-709 et F. FERNANDEZ SEGADO, « La suspensión individual ... », art. cit., p. 154.

³⁸⁷ P. LUCAS VERDU, *Constitución española...*, op. cit., p. 147 ; E. GOMEZ-REINO Y CARNOTA, « Las libertades públicas en la Constitución », in *Lectura sobre la Constitución española*, tome I, Madrid, UNED, 1978, p. 65 ; F. FERNANDEZ SEGADO, *Ibid.*

³⁸⁸ Article 18 de la Loi Fondamentale de Bonn : « Quiconque abuse de la liberté d'expression des opinions, notamment de la liberté de la presse (article 5, alinéa 1^{er}), de la liberté de l'enseignement (article 5, alinéa 3), de la liberté de réunion (article 8), de la liberté d'association (article 9), du secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications (article 10), de la propriété (article 14) ou du droit d'asile (article 16a) pour combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, est déchu de ces droits fondamentaux. La déchéance et son étendue sont prononcées par la Cour constitutionnelle fédérale ».

³⁸⁹ Le même sentiment est confirmé par le contenu de la loi organique 11/1980 qui ne prévoit pas l'intervention judiciaire comme une intervention préalable à la mesure de suspension (F.J. BOBILLO, « Constitución y legislación... », art. cit., p. 65).

³⁹⁰ Sur ce point, cf. *supra*, chapitre 2 du présent Titre.

³⁹¹ F. FERNANDEZ SEGADO, « La suspensión individual... », art. cit., p. 155.

seul pouvoir exécutif³⁹². Or, selon les circonstances et le droit visé³⁹³, le Gouvernement – et le plus souvent, le Ministre de l'Intérieur – ou l'autorité judiciaire seront effectivement compétents pour décider de la suspension. Dans le cas où cette compétence reviendrait à l'Exécutif, il est bien évident que l'autorité judiciaire devra intervenir dans le délai le plus bref possible après la prise de décision, afin de confirmer ou de révoquer la mesure gouvernementale. Le rôle de l'autorité judiciaire devrait pouvoir être plus large encore pour certains auteurs, qui estiment que le juge doit aller plus loin que la simple confirmation ou révocation de la décision de l'Exécutif. Il doit, au contraire, maintenir une intervention permanente qui, selon les circonstances, doit se matérialiser sous différentes formes³⁹⁴.

La *nécessaire intervention judiciaire* de l'article 55-2 de la Constitution espagnole s'illustre donc par un contrôle du juge exercé en amont de préférence, en aval sinon, de l'atteinte au droit fondamental. Cette interprétation au plus près de la sobriété rédactionnelle de la Constitution laisse donc une marge de liberté conséquente au législateur organique pour préciser les conditions d'intervention de l'autorité judiciaire dans chacune des lois d'application de l'article 55-2 de la Constitution³⁹⁵. Malgré plusieurs nuances quant à son organisation, cette garantie est aujourd'hui « globalement respectée »³⁹⁶.

2) Le contrôle parlementaire adéquat

L'article 55-2 de la Constitution espagnole fait ensuite référence au *contrôle parlementaire adéquat*. Ce renvoi a également été source d'ambiguïté³⁹⁷. En soumettant l'application de la mesure de suspension à ce contrôle, le constituant n'a pas fourni

³⁹² F. FERNANDEZ SEGADO, « La suspension individual... », art. cit., p. 154-155. J. DE ESTEBAN, L. LOPEZ-GUERRA, *El régimen constitucional...*, op. cit., p. 233 ; J.M. SERRANO ALBERCA, « Comentario al artículo 55 » in F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Ed. Civitas, 1980, p. 610. Les auteurs s'appuient sur le fait que l'Exécutif est déjà le seul pouvoir à autoriser la suspension *générale* des droits au cours de situations exceptionnelles, telles que les états d'exception. Pour des raisons d'organisation évidentes au sein de l'État, ce pouvoir de décision appartiendrait aussi bien au ministre de l'Intérieur ou aux gouverneurs civils en cas de situation d'urgence.

³⁹³ Les trois droits fondamentaux visés par l'article 55-2 de la Constitution sont de nature différente, si bien qu'il est impossible d'établir un même régime de suspension pour l'ensemble de ces droits. Au contraire, chaque droit pourra voir son exercice suspendu selon des hypothèses et une procédure spécifiques, distinctes des modalités de suspension des autres droits.

³⁹⁴ F. FERNANDEZ SEGADO, « La suspension individual... », art. cit., p. 156. J.M. SERRANO ALBERCA, « Comentario... », art. cit., p. 610 ; I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, « Garantías en la Constitución ante la suspensión de los derechos fundamentales », *Revista de ciencias sociales*, n° 42, 1981, p. 76.

³⁹⁵ V., tout spécialement, F. FERNANDEZ SEGADO qui expose en détail la conception retenue par le législateur dans la loi organique 11/1980 et revient sur chacun des droits faisant l'objet de la suspension individuelle (*Ibid.*, p. 156 et s.).

³⁹⁶ P. CAMBOT, *La protection constitutionnelle...* op. cit., p. 106.

³⁹⁷ F. FERNÁNDEZ SEGADO, « Artículo 55... », art. cit., p. 660.

les précisions nécessaires pour que l'ensemble des acteurs de l'action contre le terrorisme sache ce qu'il fallait entendre par cette expression.

La formule peut, en effet, recouvrir plusieurs sens. Il faut donc se référer aux lois d'application du précepte constitutionnel, qui ont mis en place cette garantie, pour avoir une idée plus précise de la nature du contrôle parlementaire que les constituants souhaitaient instaurer.

Le législateur a disposé d'une large compétence dans la mise en oeuvre de cette garantie. Après une vision assez étroite de ce contrôle dans la loi 56/1978, il a envisagé le contrôle avec une périodicité trimestrielle dans les lois organiques 11/1980 et 9/1984. La nature du contrôle et son champ d'action – simple information ou véritable enquête – a également dû être précisé par le législateur organique. Ce dernier a, pendant un temps, conçu le contrôle parlementaire de l'article 55-2 de la Constitution comme un contrôle indépendant de celui mis ordinairement en place par les Chambres, sur l'action gouvernementale. Par la suite, il l'a en revanche fait disparaître de la loi organique 4/1988, avec l'aval du Tribunal constitutionnel ³⁹⁸, ce qui a eu pour effet de le vider de sa signification .

Ce dernier devient une garantie politique de la loi faite par l'Exécutif ³⁹⁹, alors que la garantie judiciaire demeure une garantie concrète pour toute hypothèse de suspension individuelle des droits.

3) La responsabilité pénale pour usage abusif de l'article constitutionnel

La dernière garantie citée à l'article 55-2, alinéa 2, de la Constitution correspond à une garantie pénale visant à punir toute « utilisation injustifiée ou abusive des facultés reconnues » dans la loi organique d'application de l'article constitutionnel, « en tant que violation des droits et libertés reconnus par les lois ».

Reconnue comme *la* « garantie fondamentale de la suspension » ⁴⁰⁰, cette disposition assure aux particuliers la possibilité d'agir devant les tribunaux (*Tribunales*

³⁹⁸ Nous reviendrons précisément sur cette position du Tribunal constitutionnel dans le dernier chapitre de la seconde partie. Des commentateurs de la décision 71/1994 du Tribunal constitutionnel ont estimé que « la question de savoir si la garantie d'un contrôle parlementaire adéquat est prévue ou non dans la loi organique 4/1988 n'est pas seulement un problème d'interprétation de la garantie du mécanisme de suspension individuelle, mais plutôt la conséquence d'une interprétation plus générale de l'article et de son mécanisme dans sa totalité, qui a fini par intégrer la Constitution matérielle grâce à l'œuvre du législateur organique et, d'une certaine manière, par la faiblesse des jugements des trois premières décisions du Tribunal constitutionnel sur les lois antiterroristes, qui ont utilisé l'article 55-2 de la Constitution comme paramètre de contrôle » (v. F. ALVAREZ-OSSORIO MICHEO, « El "adecuado control parlamentario" » (art. 55.2 CE), según la STC 71/1994 », *R.E.D.C.*, n° 43, 1995, p. 288).

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 289, I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, « Garantías en la Constitución... », art. cit., p. 75.

⁴⁰⁰ J.M. SERRANO ALBERCA, « Comentario ... », art. cit., p. 611.

de Justicia), dès lors que l'application de la loi organique mettant en œuvre l'article 55-2 de la Constitution leur cause préjudice. C'est d'ailleurs le Procureur de la République qui sera chargé de promouvoir l'action en justice au nom de la défense des droits des citoyens et de la légalité. Cela a été vu comme la mise en place d'une figure délictuelle aggravée pour les hypothèses auxquelles renvoie l'article 55-2 de la Constitution espagnole ⁴⁰¹.

Cette mise en cause de la responsabilité de l'État est une nouveauté de la Constitution de 1978. Elle n'a cependant pas été appliquée immédiatement. Il faut attendre la loi organique 11/1980 et son article 8 pour voir les premières dispositions relatives à sa mise en place adoptées.

Cet article, considéré comme une application de l'article 106-2 de la Constitution espagnole ⁴⁰², prévoit que ceux qui ont souffert (physiquement, dans leurs droits ou dans leurs biens) des dommages ou des préjudices, suite à des actes qui ne leur sont pas imputables et qui sont la conséquence de l'application des mesures contenues dans la loi organique 11/1980, pourront exiger une indemnisation conformément à la réglementation en vigueur. L'article prévoit aussi que les tiers seront indemnisés par l'État « dès lors qu'ils auront subi dommages ou préjudices en raison de l'exécution ou la répression des actions prescrites par la présente loi ».

Les lois précédentes – que ce soit le décret-loi Royal 21/1978 ou la loi 56/1978 – ne mentionnaient pas cette garantie, pourtant cruciale. Une forme analogue était contenue à l'article 7 du décret-loi 3/1979 – qui disposait que « les dommages et préjudices causés en application des activités délictueuses auquel renvoie le paragraphe 1 de l'article 3 de ce texte [c'est-à-dire les actions délictuelles commises par les personnes intégrées aux groupes ou aux bandes armées] seront indemnisés spécifiquement par l'État » – mais le champ d'application de cette norme était plus réduit que celui mis en place par la loi organique 11/1980.

La prévision de la loi organique 11/1980 fut cependant une heureuse parenthèse, mais une simple parenthèse, dans l'évolution de cette garantie au sein de la législation antiterroriste.

⁴⁰¹ I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE est partisan de la théorie selon laquelle le code pénal crée une figure aggravée pour les hypothèses auquel renvoie l'article 55-2 de la Constitution espagnole (« Garantias en la Constitución ... », art. cit., p. 77).

⁴⁰² L'article 106-2 de la Constitution espagnole est ainsi rédigé : « Les particuliers, dans les termes établis par la loi, ont le droit d'être indemnisés pour tout dommage subi dans leurs biens et dans leurs droits, sauf en cas de force majeure, et à condition que le dommage soit la conséquence du fonctionnement des services publics. »

Cette dernière garantie de l'article 55-2, alinéa 2, de la Constitution espagnole reflète une volonté manifeste de limiter les dérives inhérentes à la faculté offerte au législateur de suspendre des droits fondamentaux. Le Tribunal constitutionnel espagnol l'interprète en ce sens : « L'article 55-2 de la Constitution espagnole, en autorisant la suspension de certains droits constitutionnels dans le cadre des investigations relatives aux délits commis par des bandes armées et des éléments terroristes, insiste tout particulièrement sur la responsabilité pénale encourue par l'utilisation injustifiée et abusive des facultés offertes par cette disposition constitutionnelle, ce qui est significatif de la volonté du constituant de limiter la possibilité de suspension des droits aux limites strictes de l'accomplissement de sa finalité » ⁴⁰³.

Pourtant, le législateur n'a pas développé cette garantie de manière à lui donner une réelle effectivité dans le panorama de la législation antiterroriste. Alors « que la disposition constitutionnelle semble enjoindre le législateur à créer un nouveau type de délit pénal en la matière » ⁴⁰⁴, le législateur organique espagnol est resté très en deçà d'une telle prévision dans la loi organique 11/1980.

L'application, ou plutôt, la non-application du second alinéa de l'article 55-2 de la Constitution espagnole est tout à fait symbolique de la marge dont dispose le législateur dans l'interprétation de ses prérogatives qu'il détient par ce précepte.

4) L'exigence implicite de la nécessité de mettre en œuvre l'article 55-2 de la Constitution espagnole

Toujours dans le même esprit, la formulation de l'article 55-2 de la Constitution espagnole laisse entrevoir que le législateur organique dispose d'une *possibilité* pour procéder à la suspension des droits fondamentaux pour les personnes en relation avec les enquêtes sur les bandes armées et les éléments terroristes. Le constituant a choisi d'employer le verbe *pourra*, ne créant ainsi aucune obligation d'agir pour le législateur. La doctrine a également interprété cette formulation comme une réserve « potestative » ⁴⁰⁵.

⁴⁰³ STC 199/1987, cons. n° 4.

⁴⁰⁴ P. CAMBOT, *La protection ... op. cit.*, p. 107. L'auteur précise que « au mieux, le législateur s'est contenté, comme dans la loi organique 9/1984, de renvoyer à des délits pénaux déjà existants. Au pire, comme dans la législation en vigueur, nulle référence n'est faite à cette responsabilité pénale pourtant prévue par la Constitution ».

⁴⁰⁵ J-J. SOLOZABAL ECHAVARRIA, « Rapport espagnol... », art. cit., p. 153.

Une telle lecture de l'article constitutionnel souligne le caractère facultatif de la mise en œuvre du mécanisme qui implique un caractère temporaire des mesures de suspension.

Ainsi, le législateur est habilité à agir en vertu de l'article 55-2 de la Constitution espagnole lorsqu'il l'estime *nécessaire*. Cette condition de nécessité est très importante, car si pendant le déroulement de l'enquête, aucune nécessité ne fait jour, la suspension des droits fondamentaux pourrait être considérée comme illégale ⁴⁰⁶.

Le Tribunal constitutionnel rappelle également que la suspension des droits fondamentaux dans le cadre des enquêtes de terrorisme doit être effectuée par « une loi organique de caractère facultatif et non obligatoire », c'est-à-dire, par une loi adoptée, non en vertu d'un mandat normatif attribué au pouvoir législatif, mais en vertu d'un « jugement sur l'opportunité ou la nécessité [d'utiliser l'article 55-2] (qui appartient aux *Cortes generales* » ⁴⁰⁷.

L'utilisation de l'article 55-2 de la Constitution espagnole n'est donc recommandée par les constituants que lorsque les besoins de l'enquête sur les bandes armées et les éléments terroristes l'exigent, et l'appréciation de cette exigence appartient au législateur organique. Cette référence au législateur organique est toutefois biaisée, puisque la pratique démontre que c'est le plus souvent le Gouvernement qui impulse le processus législatif dans ce domaine. Le bien-fondé de l'action est apprécié par le législateur organique dans un second temps, une fois que le projet de loi a été déposé près des Chambres. Ce dernier peut alors, éventuellement, refuser la mise en œuvre du mécanisme en estimant que les besoins de l'enquête ne l'exigent pas et, en conséquence, ne pas adopter la loi dans les conditions strictes de majorité requises pour les lois organiques.

Cette appréciation pourrait être contrôlée par le juge constitutionnel, mais elle le sera, en tout premier lieu, par l'autorité judiciaire qui aura en charge de connaître les mesures individuelles de suspension et, tout au long de son application, par les chambres elles-mêmes, par le biais du contrôle parlementaire adéquat pour vérifier si la nécessité de maintenir en vigueur ce mécanisme est toujours réelle.

La nécessité est cependant une notion aux contours bien obscurs, notamment en période de lutte contre le terrorisme. Ce dernier ayant pour principal effet de tout bouleverser, le contexte qu'il crée dans l'État incite aisément, en la matière, à penser l'action législative nécessaire.

⁴⁰⁶ J-J. SOLOZABAL ECHAVARRIA, « Rapport espagnol... », art. cit., p. 154. ; P. CRUZ VILLALON, « Suspension individual... », art. cit., p. 232-233.

⁴⁰⁷ *STC* 25/1981, cons. en droit n° 5 et *STC* 71/1994, cons. en droit n° 3.

Le Tribunal constitutionnel conditionne ainsi la nécessité de la législation antiterroriste à une limite dans le temps.

Le fait que la spécificité de la situation, dangereuse pour l'État et pour les droits fondamentaux des citoyens, légitime une restriction de l'exercice des droits fondamentaux plus sévère pour certains d'entre eux, doit conditionner la durée d'application de ces mesures si dures. Ainsi, la suspension des droits fondamentaux telle qu'entendue à l'article 55-2 de la Constitution, correspond, pour le juge constitutionnel espagnol, à une « situation normative temporaire durant laquelle le régime de certains droits fondamentaux n'est pas celui prévu habituellement et ordinairement, mais un régime distinct, instauré pour fournir une réponse à une menace spécifique à l'ordonnement démocratique, c'est-à-dire au terrorisme »⁴⁰⁸.

Cette notion de *temporalité* a malheureusement été rapidement altérée par la pratique législative de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, qui a mis en place un *droit d'exception permanent*⁴⁰⁹.

En énonçant cet ensemble de garanties, les constituants espagnols se sont efforcés d'encadrer la suspension des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, afin de limiter les dérives. Si le but est évidemment louable, la pratique l'a malheureusement malmené.

En effet, le législateur organique espagnol dispose d'un réel pouvoir d'interprétation pour mettre en œuvre les garanties prescrites par le texte de l'article 55-2 de la Constitution, qui lui permet de les détourner de leur but initial.

Même lorsque le législateur suit les *consignes* du précepte constitutionnel, et prévoit, formellement, cet ensemble de garanties, c'est le contenu qu'il va attribuer à chacune d'entre elles qui va conditionner le respect de l'esprit des constituants. Or, c'est dans cet espace que s'exprime toute la latitude de son pouvoir discrétionnaire.

Ainsi, bien que l'article 55-2 de la Constitution espagnole représente un fondement spécifique de la compétence législative à restreindre l'exercice des droits fondamentaux, dans le cadre des enquêtes sur les bandes armées et les éléments terroristes, situé au cœur du texte constitutionnel, sa formulation laisse place à quelques doutes sur le champ d'application exact de la mesure et sur l'effectivité des garanties entourant son application.

Ce n'est donc que de prime abord que la rédaction de l'article 55-2 délimite précisément la compétence du législateur organique. En réalité, elle ne l'encadre que

⁴⁰⁸ STC 71/1994 cons. en droit n° 3. C'est nous qui soulignons.

⁴⁰⁹ P. CAMBOT, *La protection ... op. cit.*, p. 99-100 ; C. LAMARCA PEREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1985, p. 365.

dans sa globalité, en confiant au législateur la tâche délicate de compléter les silences de la disposition, suite à la résolution des interrogations que cette dernière soulève, sous le contrôle éventuel du Tribunal constitutionnel. Pour ce dernier, l'article 55-2 de la Constitution espagnole représente d'ailleurs une grille d'analyse précieuse pour examiner les lois antiterroristes.

Le législateur organique espagnol bénéficie, en réalité, d'une marge d'appréciation confortable qui s'est vue croître, aussi bien dans la mise en application progressive de l'article 55-2 de la Constitution qu'en dehors des cas prévus à cet article. La lutte contre le terrorisme passe, en effet, par l'aménagement d'autres droits fondamentaux que ceux expressément énumérés par l'article constitutionnel. Le législateur organique se trouve ainsi compétent pour décider de manière plus libre de leur mode de limitation.

Différemment encadrée initialement par les textes constitutionnels, la marge d'appréciation du législateur espagnol pour fixer l'étendue des restrictions des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, se trouve finalement être tout autant discrétionnaire que celle des législateurs français et italien.

Section 2 : La latitude de restriction des droits fondamentaux dans le cadre constitutionnel général

La compétence du législateur français et du Gouvernement italien dans le domaine de la lutte contre le terrorisme ne rencontre pas de limites précises, en raison du fondement constitutionnel général de leur intervention.

La situation est proche en Espagne, où le législateur voit son action plus encadrée par l'article 55-2 de la Constitution et légitimée par le Tribunal constitutionnel. Cependant, le législateur dispose finalement, lui aussi, d'un vaste pouvoir dans la mise en œuvre de cet article, dont la rédaction a laissé quelques zones d'ombre. Comme son pouvoir est également étendu en dehors du champ d'application de cet article, lorsqu'il aménage les *autres* droits fondamentaux.

Tous les pouvoirs publics disposent, en conséquence, d'un large pouvoir pour poser les bases et dessiner les contours d'un nouveau régime, pour les droits fondamentaux, adapté au terrorisme (§ 1).

Leur action reste néanmoins soumise aux règles classiques de la théorie des droits fondamentaux, même si, dans un contexte aussi singulier que celui créé par le terrorisme, une propension à restreindre excessivement l'exercice de ces droits n'est pas exclue (§ 2).

§ 1 – La faculté de choix des restrictions des droits fondamentaux

Les juges constitutionnels français et italien ont validé le principe de la création de règles adaptées au terrorisme. Cependant, cette validation ne peut être lue qu'en termes de principe. Le silence de la Cour constitutionnelle sur ce point est particulièrement regrettable au vu des débats anciens et insolubles autour de l'article 77, alinéa 2, de la Constitution italienne. Il s'ensuit qu'en France comme en Italie les juges n'ont pas précisé la portée de cette validation (A).

Comme l'a souligné le Tribunal constitutionnel dans sa décision 25/1981, la limitation des droits fondamentaux est l'une des questions les plus délicates que doivent affronter les démocraties. Malheureusement, il est impossible d'établir, en la matière, des règles strictes qui se révéleraient souvent inadaptées à la pluralité des situations à gérer. Même si l'établissement de ces règles devait être exclusivement cantonné à la lutte contre le terrorisme, il ne serait pas possible de les fixer de manière définitive, tant la menace que représente le phénomène pour les États n'est jamais uniforme.

Les législateurs nationaux se retrouvent finalement investis d'un large pouvoir discrétionnaire dans la conciliation des droits fondamentaux face à l'obligation de préserver l'ordre public contre la menace terroriste. Ainsi, il leur revient d'évaluer leur marge d'action au cas par cas en veillant à respecter une proportionnalité raisonnable, sous le contrôle attentif du juge constitutionnel (B).

A. Le silence des juges constitutionnels français et italiens

Le Conseil constitutionnel et la Cour constitutionnelle italienne ont tous deux reconnu la nécessité de mettre en place des règles adaptées au terrorisme. Ils n'ont, en revanche, pas précisé la nature même des limitations aux droits fondamentaux qu'une telle reconnaissance impliquait.

Le juge constitutionnel français n'a jamais adopté de position de principe sur la question des limites aux droits fondamentaux. Les décisions du Conseil constitutionnel sur la législation antiterroriste ne mentionnent jamais l'étendue des limitations que le législateur pourrait apporter au régime de chaque droit fondamental dans le cadre de la lutte contre le phénomène. Dans la décision du 25 janvier 1985, « *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* », lorsque le juge constitutionnel s'est prononcé sur la compétence du législateur pour établir un régime restrictif des libertés, en vue de sauvegarder l'ordre public en période exceptionnelle, il a refusé de répondre au grief des requérants relatif à la constitutionnalité de la loi du 3 avril

1955 sur l'état d'urgence. Il n'a, en conséquence, pas fourni d'éléments permettant de préciser l'étendue de cette compétence législative, ce qui a pu être perçu comme décevant ⁴¹⁰.

Députés et sénateurs contestaient pourtant explicitement dans leur lettre de saisine plusieurs dispositions de la loi sur l'état d'urgence qui, d'une part, ne déterminaient pas suffisamment les dérogations au régime des libertés publiques et conféraient, de fait, un pouvoir d'appréciation exorbitant au Haut-commissaire de la Nouvelle-Calédonie, et qui, d'autre part, autorisaient des mesures portant atteinte à la liberté individuelle sans prévoir un contrôle de l'autorité judiciaire ⁴¹¹. Ils soulignaient, enfin, que certaines règles de l'état d'urgence avaient été fixées par décret, alors que seule la loi était compétente ⁴¹².

Le Conseil a malgré tout rejeté l'ensemble de ces griefs en se fondant sur le constat que la loi soumise à son examen était une mesure d'application de la loi du 3 avril 1955 et de l'article 119 de la loi du 6 septembre 1984 ⁴¹³. Or, « si la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi déjà promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine, il ne saurait en être de même lorsqu'il s'agit de la simple mise en application d'une telle loi » ⁴¹⁴. Revirement de jurisprudence ou simple évolution de la jurisprudence constitutionnelle ⁴¹⁵, cette position permet au juge constitutionnel, sur un plan général, d'ouvrir la voie à une forme d'exception d'inconstitutionnalité en France et lui offre, sur le cas d'espèce, un parfait alibi pour ne pas se prononcer sur la question de savoir si le régime de l'état d'urgence n'apportait pas des atteintes excessives à certaines libertés.

Le silence du Conseil constitutionnel sur la question la plus grave que pose l'état d'urgence a été regretté ⁴¹⁶ du fait que le Conseil constitutionnel semble faire « une distinction “sur mesure” pour le cas d'espèce à traiter (loi d'application d'une loi et loi modificative d'une loi) uniquement pour se dispenser d'entreprendre en

⁴¹⁰ Ph. TERNEYRE, « Les adaptations aux circonstances... », art. cit., p. 1497.

⁴¹¹ Lettre de saisine des députés, troisième et quatrième moyens, *J.O.*, du 26 janvier 1985, p. 1139.

⁴¹² Lettre de saisine des sénateurs, dernier moyen, *J.O.* du 26 janvier 1985, p. 1140.

⁴¹³ Article qui donne au Haut Commissaire en Nouvelle-Calédonie le pouvoir de proclamer l'état d'urgence.

⁴¹⁴ *Cons. const.* n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, cons. n° 10.

⁴¹⁵ M. DE VILLIERS préfère parler d'une évolution (« La décision du 25 janvier 1985... », art. cit., p. 357).

⁴¹⁶ F. LUCHAIRE déclare ne pas comprendre la position du Conseil constitutionnel : « Pourquoi ne pas examiner la constitutionnalité d'un texte lorsqu'il est saisi d'une mesure qui l'applique et l'examiner lorsqu'il est saisi d'une mesure qui le modifie, le complète ou étend son champ d'application ? Rien ne paraît justifier cette distinction. Mais dans l'espèce, elle permet au Conseil de ne pas répondre à la question la plus grave que posait l'état d'urgence et d'ailleurs l'état de siège : ces situations, certes exceptionnelles, permettent-elles de porter atteinte à la liberté individuelle sans aucun contrôle de l'autorité judiciaire, c'est-à-dire contrairement à l'art. 66 de Constitution ? » (« Conseil constitutionnel... », art. cit., p. 367).

quelques heures le délicat contrôle de la loi de 1955 sur l'état d'urgence »⁴¹⁷. Cela lui permet, en effet, de ne pas examiner une loi qui, d'après L. Favoreu et L. Philip, « n'aurait jamais passé le cap du contrôle de constitutionnalité, s'il avait existé à l'époque »⁴¹⁸ et, surtout, de laisser l'étendue de la compétence du législateur en matière de droits et libertés lors de l'établissement d'un régime d'exception à la discrétion de ce dernier.

Le législateur ne peut cependant *tout* faire en se fondant sur le régime de l'état d'urgence ou de l'état de siège. La théorie des circonstances exceptionnelles, développée par le Conseil d'État, démontre la vigilance du juge administratif dans des périodes aussi sensibles pour les situations juridiques.

F. Luchaire souhaite que ces principes, mis en place par la juridiction suprême administrative, inspirent le juge constitutionnel français. Il note ainsi que si le Conseil constitutionnel a, dans la décision État d'urgence en Nouvelle-Calédonie, affirmé « qu'il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public », il s'est abstenu d'ajouter qu'il lui appartient d'apprécier « si la conciliation réalisée par le législateur est “convenable” et ne sacrifie ni la liberté, ni l'ordre public »⁴¹⁹.

L'auteur s'interroge alors pour savoir si la position du Conseil équivaut à un refus de se livrer à une telle appréciation en vertu d'une jurisprudence « maintes fois affirmée, selon laquelle “l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation identique à celui du Parlement”, et lui interdit en conséquence, sauf erreur manifeste, d'apprécier la nécessité d'une sanction pénale ou d'une nationalisation », ou si cela serait « au contraire, une appréciation que le Conseil contrôlerait comme certaines autres nécessités, par exemple celle d'une adaptation de la législation métropolitaine à la situation particulière des départements d'Outre-mer ou de la remise en cause d'une situation existante »⁴²⁰.

L'auteur estime que cette seconde solution aurait pour effet de rapprocher la jurisprudence constitutionnelle de celle administrative – issue de l'arrêt *Dames Dol et*

⁴¹⁷ Ph. TERNEYRE, « Les adaptations aux circonstances... », art. cit., p. 1499. P. WACHSMANN souligne toutefois que cette position du Conseil constitutionnel n'a pas vocation à s'appliquer fréquemment, elle serait même « vouée à la rareté », car « la notion de mise en application suppose la définition préalable par le législateur d'un régime juridique que la loi nouvelle n'affecte pas en tant que tel ni dans son champ d'application et qu'elle se borne à utiliser dans un cas particulier » (« Chronique de jurisprudence... », art. cit., p. 365).

⁴¹⁸ L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions...*, op. cit., p. 551.

⁴¹⁹ F. LUCHAIRE, « Conseil constitutionnel... », art. cit., p. 365.

⁴²⁰ F. LUCHAIRE, « Conseil constitutionnel... », art. cit., p. 365. L'auteur cite à l'appui de son raisonnement les décisions du 2 décembre 1982 et des 10 et 11 octobre 1984.

*Laurent*⁴²¹ – qui permet au juge administratif de vérifier si la mesure législative est nécessaire, compte tenu des circonstances. Il considère dès lors que « le Conseil constitutionnel vérifierait si la mesure législative correspond à une nécessité du même genre ; en raison du caractère exceptionnel de la limitation des libertés, pareille attitude se comprendrait »⁴²², et que cela confirmerait, de plus, un contrôle initié par le Conseil dans la décision des 19 et 20 janvier 1981, dans laquelle il avait estimé que la contrainte que la disposition « peut apporter à la liberté d'aller et venir n'est pas *excessive* » ; contrôle qui a été réitéré dans la décision du 27 juillet 1982, lorsqu'il avait déclaré que « cette réglementation qui répond, dans des circonstances données, à la sauvegarde de l'ordre public, ne doit pas excéder ce qui est *nécessaire* à garantir l'exercice des libertés »⁴²³.

L'absence de position du Conseil constitutionnel sur l'étendue des aménagements des droits fondamentaux dans le cadre de la création d'un régime d'exception dans la décision du 25 janvier 1985 explique qu'il ne s'y soit jamais attelé dans les décisions sur la législation antiterroriste. Ce silence peut sans doute s'expliquer par celui du texte constitutionnel de 1958 sur les droits fondamentaux et, en conséquence, sur les limites de ces droits. Il peut également être justifié par la volonté du juge constitutionnel de ne pas empiéter sur la sphère de compétence du pouvoir législatif dans ce domaine sensible. Il a, en tout état de cause, pour résultat de ne pas poser de limites *concrètes* à l'action du législateur.

Dans l'arrêt n° 15 de 1982, le juge constitutionnel italien a reconnu que la situation d'*emergenza* créée par l'intensité de l'activité terroriste sur le territoire nécessitait l'adoption de mesures inhabituelles. Cette reconnaissance n'a pas eu pour effet de préciser l'étendue des limitations que pouvaient connaître les droits fondamentaux.

La Cour constitutionnelle italienne a reconnu que le Parlement et le Gouvernement n'avaient pas seulement le droit et le pouvoir mais, surtout, le devoir précis et absolu d'adopter une législation appropriée à la gestion de la situation d'*emergenza* née de l'activité terroriste. Par cette déclaration, le juge constitutionnel italien valide le principe d'une modification du régime des droits fondamentaux dans

⁴²¹ *Conseil d'État*, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*. Notons que dans le considérant 3 de l'arrêt, le Conseil d'État considère que « les limites des pouvoirs de police dont l'autorité publique dispose pour le maintien de l'ordre et de la sécurité, tant en vertu de la législation municipale, que de la loi du 9 août 1849, ne sauraient être les mêmes dans le temps de paix et pendant la période de guerre où les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande et exigent pour la sécurité publique des mesures plus rigoureuses ; qu'il appartient au juge, sous le contrôle duquel s'exercent ces pouvoirs de police, de tenir compte, dans son appréciation, des nécessités provenant de l'état de guerre, selon les circonstances de temps et de lieu, la catégorie des individus visés et la nature des périls qu'il importe de prévenir ».

⁴²² F. LUCHAIRE, « Conseil constitutionnel... », art. cit., p. 366.

⁴²³ *Cons. const.* n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, cons. n° 56 et n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, cons. n° 4.

des hypothèses extraordinaires et dans des proportions elles-mêmes extraordinaires. Il apaise de la sorte les débats mouvementés nés du silence du texte constitutionnel italien sur la question de la compétence des pouvoirs publics à affronter une situation de crise. Pour autant, il ne les clôt pas en laissant la porte ouverte à différentes interprétations quant à l'étendue de cette compétence.

La Cour précise ensuite que c'est l'*emergenza*, née des manifestations terroristes quasi quotidiennes, qui légitime l'adoption de mesures qu'elle qualifie d'« insolites »⁴²⁴, qui peut se traduire par *insolite* ou *inhabituelles*. Au sens littéral du terme, une mesure insolite est une mesure qui provoque l'étonnement, car elle correspond à un événement, ou à une situation, qui « survient ou se rencontre de manière rare »⁴²⁵.

En choisissant cet adjectif pour qualifier les mesures adoptées par les pouvoirs publics italiens, afin de faire face à la situation anormale et grave⁴²⁶ que connaissait le pays à cette période, la Cour constitutionnelle souligne la nature différente des limitations des droits fondamentaux par rapport à celles prévues en dehors de toute situation d'*emergenza*. En revanche, elle ne fournit aucun élément précis quant à l'ampleur de ces limitations dans ce cadre.

Ce silence sur ce point et le raisonnement suivi dans l'arrêt n° 15 de 1982 ont reçu diverses interprétations en doctrine au regard du fondement de l'action législative en cas de *crise* et de son impact sur les droits fondamentaux.

Comme nous l'avons souligné *supra*, A. Pace considère que la Cour constitutionnelle italienne, dans l'arrêt présenté, n° 15 de 1982, autorise une suspension – certes temporaire – des garanties constitutionnelles sur la base de l'utilisation de l'article 77, alinéa 2, de la Constitution⁴²⁷. L'auteur parvient à cette interprétation du cas d'espèce au terme d'une réflexion beaucoup plus large sur les limitations des droits fondamentaux dans l'ordonnancement italien, qui l'a conduit à voir dans l'article 77, alinéa 2, de la Constitution la seule disposition formelle pouvant encadrer, de la manière la plus sûre possible, la compétence du Gouvernement à gérer les situations d'*emergenza*⁴²⁸. Le raisonnement de l'auteur

⁴²⁴ *Cour const.* n° 15 de 1982, cons. en droit n° 7.

⁴²⁵ *Nuovo dizionario italiano Garzanti*, Milan, Garzanti.

⁴²⁶ Pour reprendre les qualificatifs employés par la Cour constitutionnelle italienne pour décrire la situation d'*emergenza*, cf. *Cour const.* n° 15 de 1982, cons. en droit n° 7.

⁴²⁷ A. PACE, « *Ragionevolezza* ab norme... », art. cit., p. 112.

⁴²⁸ A. PACE, *Problematica ...*, *op. cit.*, p. 334 et s., spec. p. 344. Dans son commentaire sous l'arrêt n° 15 de 1982, ce même auteur évaluait cette voie comme étant la plus « garantiste » pour l'état de droit, par opposition à l'interprétation de la Constitution par certains auteurs qui n'aient cette possibilité tout en admettant que, dans certaines conditions, la nécessité pouvait opérer comme source autonome du droit (A. PACE, « *Ragionevolezza* ab norme... », *Ibid.*, C. ESPOSITO, « voce Decreto-legge », art. cit., p. 842 et s. Pour les opinions détaillées de la thèse inverse : G. MOTZO, « voce Assedio... », art. cit., p. 250 et s ; L. CARLASSARE, « Stati d'eccezione... », art. cit., p. 483). M. BAUDREZ réfute également la thèse soutenue

plaide alors pour une gestion des crises à travers l'adoption de mesures *constra constitutionem* pouvant aller jusqu'à suspendre les normes constitutionnelles ⁴²⁹, du moment que cela passe par le cadre *garantiste* de l'article 77, alinéa 2, de la Constitution italienne, par le Gouvernement qui offre un réel contrôle de l'action gouvernementale, à diverses étapes du processus.

Parmi les autres positions doctrinales, P. Pinna plaide pour une interprétation de l'arrêt de la Cour constitutionnelle dans le sens d'une suspension, mais une suspension du régime ordinaire du droit et non de son régime constitutionnel. Il estime que l'*emergenza* a conduit la cour à apprécier la *ragionevolezza* de la disposition de l'article 10 du décret-loi n° 625 de 1979 sous l'angle d'une dérogation ⁴³⁰ à la législation ordinaire et non de la discipline constitutionnelle ⁴³¹. Aussi, L. Carlassare commente la décision de la Cour italienne en insistant sur le fait que le raisonnement de la *Consulta* n'implique aucune dérogation ou suspension des normes constitutionnelles, puisque celles-ci ne fixent pas de délai précis pour la détention préventive mais imposent au législateur d'en fixer un, raisonnable, en fonction des nécessités procédurales ⁴³².

Les diverses interprétations de l'arrêt n° 15 de 1982 trouvent toutes un sens bien que parvenant à des conclusions divergentes. Elles se rejoignent néanmoins en insistant sur l'impact de l'*emergenza* sur la décision de la Cour constitutionnelle. L'absence de position ultérieure de la *Consulta* sur une question similaire n'a pas permis de préciser ces analyses.

En ne se montrant pas très explicite sur le degré de restriction que les droits fondamentaux peuvent connaître pour affronter le terrorisme, la Cour constitutionnelle a donc renvoyé l'appréciation des aménagements des droits au Gouvernement en premier lieu, lorsque ce dernier rédige le décret-loi et, dans un

par A. PACE en se fondant sur la loi n° 400 du 23 août 1988, dont l'article 15, alinéa 2, exclut un certain nombre de matières constitutionnelles des mesures prises par le Gouvernement, sur la base de l'article 77, alinéa 2 (*Les actes législatifs du Gouvernement ...*, *op. cit.*, p. 208). À l'inverse, A. PACE considère qu'il est inadmissible qu'une loi ordinaire puisse restreindre les pouvoirs attribués au Gouvernement, (*Problematica ...*, *op. cit.*, p. 343 ; ID. Sull'uso "alternativo" del decreto legge, in luogo del decreto delegato, per eludere i principi della delega, *Giur. cost.*, 1992, p. 1780 et s.).

⁴²⁹ M. LUCIANI ne partage pas la position du professeur PACE sur la suspension des normes constitutionnelles par l'article 77, alinéa 2, de la Constitution italienne car cette position ne « résout pas le problème des lois proprement dites adoptées pour faire face à une situation d'*emergenza* ». Il estime « qu'en réalité, les normes d'*emergenza* en tant que normes exceptionnelles et par conséquent dérogatoires ou suspensives [...] ne dérogent pas à la Constitution ni ne la suspendent [...] ; si une telle dérogation ou une telle suspension existe, c'est à l'égard des "seules normes ordinaires générales ("régulières") qui régissent la matière" » (M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padoue, Cedam, 1984, p. 193, note 135 ; J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel ...*, *op. cit.*, p. 283).

⁴³⁰ Sur le concept de dérogation en droit public italien, cf. G.-U. RESCIGNO, « voce Deroga (in materia legislativa) », in *Enc. dir.*, vol. XII, Varese, Giuffrè, 1964, p. 303 et s.

⁴³¹ P. PINNA, « L'emergenza davanti alla corte costituzionale », *Giur. cost.*, I, 1983, p. 614-615.

⁴³² L. CARLASSARE, « Una possibile lettura... », *art. cit.*, p. 106.

second temps, au Parlement, qui devra les apprécier au cours de l'examen de conversion du texte.

Le Parlement et le Gouvernement italiens se trouvent en conséquence investis d'une obligation d'agir pour affronter une situation d'*emergenza*, l'étendue de cette action étant laissée à leur appréciation discrétionnaire.

Ils rejoignent ici leurs homologues français et espagnols. Tous sont soumis au respect d'un certain bon sens, qui s'expriment juridiquement au travers d'expressions reflétant l'idée du caractère raisonnable.

B. L'exigence commune de raisonabilité

Selon les ordonnancements, les juges constitutionnels emploient des expressions différentes pour illustrer l'idée que le législateur doit adapter, dans la plus juste mesure, les droits fondamentaux à la lutte contre le terrorisme. Le pouvoir discrétionnaire des législateurs va alors être modulé en fonction de l'objectif poursuivi par la loi.

Le pouvoir discrétionnaire des législateurs dans le choix des mesures de restriction des droits fondamentaux pour lutter contre le terrorisme est en grande partie justifié par le fait que leur action se situe dans le domaine de la préservation de l'ordre public.

Le législateur français agit ainsi en poursuivant l'objectif de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public. Cette notion d'objectif de valeur constitutionnelle, tout à fait singulière dans le panorama du contentieux constitutionnel, est apparue dans la décision du Conseil constitutionnel français *Loi relative à la communication audiovisuelle* du 27 juillet 1982⁴³³. Véritable création prétorienne⁴³⁴, la liste des objectif de valeur constitutionnelle n'a cessé d'être étoffée⁴³⁵.

⁴³³ *Cons. const.* n° 141 DC du 27 juillet 1982. Le juge décide ainsi dans le considérant 5 de la décision qu'« il appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auxquels ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte ». C'est nous qui soulignons.

⁴³⁴ P. DE MONTALIVET, « Les objectif de valeur constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n° 20, p. 171. L'auteur note que cette création du juge constitutionnel français s'est opérée « en transposant en droit constitutionnel français une notion d'objectifs consacrée dans de nombreuses sources du droit – notamment en droit communautaire – et dans des droits constitutionnels étrangers ». Il renvoie à la décision de la Cour de justice des communautés européennes, du 14 mai 1974, *Nold*, 4/73, Rec. p. 491, n° 14, qui évoque les « objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté », ainsi qu'à B. GENEVOIS,

Le législateur va pouvoir justifier les dispositions adoptées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme en se fondant sur l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, de recherche d'auteurs d'infraction ou de préservation des atteintes à la sécurité des personnes et des biens ⁴³⁶.

Là où certains auteurs voient dans ces objectifs des « directives constitutionnelles que le législateur doit mettre en œuvre » ⁴³⁷, d'autres y voient plutôt des *orientations* ou des *finalités assez générales* ⁴³⁸. Dans la pratique, le Conseil constitutionnel se sert généralement des objectifs de valeur constitutionnelle pour accepter des dérogations à certains principes constitutionnels. Ils seraient « principalement, voire exclusivement, des instruments de limitations des droits fondamentaux » ⁴³⁹.

Comme le note F. Luchaire, « l'objectif de valeur constitutionnelle permet donc de limiter l'application de certains principes constitutionnels, à condition de ne pas porter une « atteinte excessive à ces principes » (490 DC du 12 février 2004). [...] Ces limites apportées à la possibilité de déroger à des principes constitutionnels doivent être rappelées chaque fois qu'il y a lieu d'invoquer un objectif de valeur constitutionnelle ; c'est évidemment le Conseil constitutionnel qui doit apprécier si le degré de gravité ou le caractère excessif de l'atteinte apportée justifient la censure » ⁴⁴⁰. L'auteur conclut ainsi que « l'objectif de valeur constitutionnelle a un

La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs, Paris, S.T.H., 1988, p. 205-206 et C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, P.U.F., 1995, p. 43 et s. § 34.

⁴³⁵ On trouve désormais dans cette catégorie la lutte contre la fraude fiscale (424 DC du 29 décembre 1999), la possibilité pour toute personne humaine de disposer d'un logement décent (359 DC du 19 janvier 1995, 455 DC du 12 janvier 2002), la protection de la santé publique (325 DC du 13 avril 1993), l'équilibre financier de la sécurité sociale (le Conseil constitutionnel parle d'exigence constitutionnelle à ce sujet, cf. 489 DC du 29 décembre 2003), l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi (421 DC du 16 décembre 1999, 506 DC du 2 décembre 2004).

⁴³⁶ Le législateur ne fonde pas sa disposition sur un seul objectif de valeur constitutionnelle mais parfois, et même le plus souvent, sur plusieurs qui forment ainsi un vaste ensemble. On retrouve l'invocation par le Conseil constitutionnel français de la sauvegarde de l'ordre public dans plusieurs décisions, parmi lesquelles notamment 298 DC du 17 janvier 1989, 324 DC du 13 août 1993, 484 DC du 20 novembre 2003 ; la recherche des auteurs d'infractions est reconnue comme un objectif de valeur constitutionnelle dans la décision 377 DC du 16 juillet 1996, portant sur la loi du 22 juillet de la même année, dite antiterroriste ; la prévention des atteintes aux personnes a été déclinée sous l'angle de l'atteinte à l'intégrité des personnes (294 DC du 25 juillet 1991 ou encore 411 DC du 16 juin 1999).

⁴³⁷ B. MATTHIEU, « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D. Chron.* 1995, p. 211.

⁴³⁸ P. DE MONTALIVET, « L'objectif de valeur constitutionnelle », art. cit., p. 173. Sur cette question de la normativité des objectifs, l'auteur renvoie à B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFD const.*, n° 21, 1995, p. 63 et s.

⁴³⁹ P. DE MONTALIVET, *Ibid.*, p. 170.

⁴⁴⁰ F. LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *R.F.D.C.*, 2005, n° 64, p. 679-680.

caractère permissif qui le conduit non à restreindre le pouvoir du législateur mais au contraire à l'étendre sous le contrôle du Conseil constitutionnel » ⁴⁴¹.

Notons que dans la décision du 25 janvier 1985, le Conseil constitutionnel situait le fondement de la compétence législative à créer des régimes d'exception dans le processus de « conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public », déduit l'article 34 de la Constitution ⁴⁴². Sans se référer à l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, le juge constitutionnel limitait son éventuel futur contrôle d'une loi instaurant un régime exceptionnel à un contrôle restreint.

Le législateur se trouve, en conséquence, investi d'une compétence qui, si elle ne peut être, au sens littéral du terme, *indéfinie* en la matière, est tout de même vaste. Il lui reviendra de trouver la proportion la plus juste avec laquelle il doit aménager les droits fondamentaux face à ces circonstances particulières, en décidant si cette *atteinte consentie* aux libertés doit s'exprimer par une limitation, une restriction, voire une sévère suspension comme c'est le cas dans l'ordonnancement espagnol, le tout sous le contrôle facultatif du Conseil constitutionnel. En résumé, seule l'éventuelle erreur manifeste d'appréciation sera sanctionnée par le juge constitutionnel, dans une analyse au cas par cas.

Pour conclure, « en une formule caricaturale, ces objectifs sont ce que le législateur en fait, de sorte que c'est l'organe législatif qui leur donne consistance » ⁴⁴³. Ils offrent, ainsi, au législateur français un fondement parfait pour justifier une politique antiterroriste stricte, tout en réduisant le contrôle du Conseil constitutionnel à celui de l'erreur manifeste. La jurisprudence du Conseil constitutionnel confirme cette remarque. C'est alors progressivement, au fil de l'examen des dispositions antiterroristes, que le Conseil constitutionnel précise l'étendue de la compétence législative.

L'ordre public, tel que dégagé par la Cour constitutionnelle italienne, se pose en tant que limite implicite à l'exercice de toutes les libertés constitutionnelles ⁴⁴⁴, que la Constitution le prévoit ou pas ⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² *Cons. const.* n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, cons. n° 3.

⁴⁴³ M-A. GRANGER, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme », in S. NIQUEGE (dir.), *L'infraction en droit public*, Journée d'étude du 30 avril 2009 à Pau, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 145.

⁴⁴⁴ *Cour const.* n° 1013 du 3 novembre 1988. Dans l'ordonnancement italien, la notion d'ordre public est source de controverse. C'est d'ailleurs souvent l'expression d'ordre démocratique qui est privilégiée. La notion d'ordre public est absente du texte constitutionnel. Pour autant, le constituant a prévu la protection d'un ordre public sous certains aspects tels que la sécurité, la tranquillité, la santé et les bonnes mœurs. Sur les raisons de cette absence et le lien entre l'ordre public et la période fasciste, cf. G. CORSO, « voce Ordine pubblico (dir. pubbl.) », *Enc. dir.*, vol. XXX, Milan, Giuffrè, 1980, p. 1057.

La Cour constitutionnelle italienne a affirmé que les limites de l'ordre public doivent s'entendre de manière implicite dans le système constitutionnel, d'autant que la protection de l'ordre public ne peut céder face aux droits constitutionnellement protégés lorsque ces derniers sont exercés de sorte à compromettre les autres biens et droits publics individuels ⁴⁴⁶. Elle retient un ordre public matériel qui correspond à l'ensemble des conditions assurant la tranquillité et la sécurité matérielle de tous les citoyens, surtout parce que l'ordre public idéal apparaît incompatible avec le principe pluraliste qui caractérise la forme d'État démocratique prévue par la Constitution ⁴⁴⁷.

L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle mène à la conclusion que dans le système italien, la protection de l'ordre public peut seulement consister en des limitations à l'exercice de droits constitutionnellement garantis prévues par la loi au travers de mesures *adaptées* et *proportionnées* à l'exigence d'organiser les lieux, les modes et les moyens par lesquels le plus de personnes peuvent exercer pacifiquement le même droit, peut-être même contemporainement, à l'exigence de concilier l'exercice de plusieurs et divers droits constitutionnellement reconnus, ou encore à l'exigence de concilier l'exercice de droits constitutionnellement garantis avec la protection des intérêts constitutionnellement essentiels ou avec l'accomplissement des obligations constitutionnelles ⁴⁴⁸. Une telle notion d'ordre public autorise le législateur à restreindre l'exercice des libertés constitutionnelles, non seulement lorsque l'exercice de ces libertés est dissonant par rapport aux valeurs constitutionnelles, mais aussi dans les cas où un tel comportement implique un danger concret et immédiat pour l'ordre public matériel ⁴⁴⁹.

La restriction des droits fondamentaux en Italie dans le cadre de la lutte contre le terrorisme peut ainsi s'insérer dans le contexte plus global de la préservation de l'ordre public. L'étendue de la restriction n'en reste pas moins indéterminée et doit toujours être envisagée au regard de la question du fondement normatif de l'action étatique.

⁴⁴⁵ Après l'introduction à l'article 117, alinéa 2, de la Constitution de la matière de l'ordre public aux côtés de la *sécurité*, le législateur étatique peut concevoir l'ordre public comme une limite à l'exercice de tous les droits constitutionnellement reconnus, même lorsqu'il n'existe aucune mention expresse de la Constitution en ce sens, cf. P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza...*, *op. cit.*, p. 307.

⁴⁴⁶ *Cour const.* n° 168 du 8 juillet 1971, *Giur. cost.* 1971, p. 1774. Sur la notion d'ordre public et la critique doctrinale, cf. A. PACE, « Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale », *Giur. cost.*, 1971, p. 1777, ID., « Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana », in *Arch. Giur.*, 1963, p. 111 ; L. PALADIN, « voce Ordine pubblico », in *Nss. dig. it.*, vol. XIII, Turin, UTET, p. 105.

⁴⁴⁷ P. BONETTI, *Ibid.*, p. 306-307.

⁴⁴⁸ G. CORSO, « voce Ordine pubblico amministrativo », in *D.D.P.*, vol. IV, Turin, UTET, 1995, p. 441.

⁴⁴⁹ P. BONETTI, *Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 308.

Partant de l'idée initiale que le système constitutionnel italien de gestion des situations d'urgence appartient à cette mince catégorie des ordonnancements qui ne tolèrent aucune dérogation, exception ou suspension de la norme constitutionnelle en dehors de l'hypothèse tout à fait singulière de l'état de guerre, il est néanmoins admis que le système italien prévoit dans une large mesure, le recours aux décrets-lois du Gouvernement dans les situations extraordinaires de nécessité et d'urgence, ainsi que plusieurs réserves de lois renforcées qui autorisent le législateur à *adapter* le régime de l'exercice de plusieurs droits constitutionnellement garantis aux exigences de sauvegarde de la sécurité dérivant des situations de crise potentielles ou des manifestations du phénomène terroriste ⁴⁵⁰.

Cette autorisation appelle deux réflexions.

D'une part, la limitation des droits fondamentaux par le biais des décrets-lois devient problématique lorsque des modifications substantielles du texte d'origine gouvernemental surgissent en phase de conversion. Le décret-loi trouve la confrontation nécessaire des idées au sein des chambres parlementaires, alors que la mesure est déjà en vigueur, ce qui crée une série de problèmes d'application sur le plan judiciaire et fragilise la sécurité juridique des situations, comme cela a déjà été souligné par la doctrine attentive aux effets de l'absence ou de la partielle conversion des décrets-lois en matière pénale ⁴⁵¹. Ainsi que la Cour constitutionnelle italienne a pu le noter, dans son fameux arrêt n° 360 de 1996 ⁴⁵², le phénomène de la réitération des décrets-lois produit « des conséquences encore plus graves lorsque le décret réitéré agit sur la sphère des droits fondamentaux ou (...) dans le domaine pénal ou partout où il peut produire des effets irréversibles *dans le cas de l'absence de conversion finale* » ⁴⁵³.

D'autre part, la question de la nature de l'adaptation reste toutefois entière. Pour A. Pace ⁴⁵⁴, l'expression « suspension des droits constitutionnels » est une formule concise qui renvoie à l'idée de la privation (temporaire) de l'efficacité d'une

⁴⁵⁰ P. BONETTI, *Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 206 et s. A. PACE note, néanmoins, « qu'aucune attribution de pouvoirs dérogatoires n'est prévue par la Constitution au bénéfice du législateur ordinaire », in *Problematica...*, *op. cit.*, p. 345-346.

⁴⁵¹ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Naples, ESI 1995 p. 34, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padoue, Cedam, 2001 p. 126 ; A. PAGLIARO, « Problemi penalistici a proposito del controllo di costituzionalità su un decreto legge ancora non convertito », in AA.VV, *I decreti legge non convertiti*, Milan Giuffrè, 1996, p. 145. V. aussi P-G. GRASSO, S. ILLARI, « Questione di teoria generale... », art. cit., p. 104.

⁴⁵² *Cour const.*, n° 360 du 24 octobre 1996. Dans cette décision, la Cour a mis un terme à la pratique de la réitération des décrets-lois non convertis par le Gouvernement. L'abus des décrets-lois, tel qu'il a pu être constaté à une période de l'histoire italienne, adoptés par le Gouvernement plus pour faire face à une simple urgence que dans des « cas extraordinaires de nécessité et d'urgence », tendait d'ailleurs à remettre en cause la thèse soutenue par plusieurs auteurs, selon laquelle seul le décret-loi permettait dans l'ordonnancement italien de procéder à la suspension des droits fondamentaux. Elle a donc été bienvenue pour A. PACE (*Problematica...*, *op. cit.*, p. 344).

⁴⁵³ *Cour const.*, n° 360 du 24 octobre 1996, cons. en droit n° 4. C'est nous qui soulignons.

⁴⁵⁴ A. PACE, *Problematica...*, *op. cit.*, p. 336, note 60.

ou plusieurs normes constitutionnelles proclamant des droits, par un *atto-fonte* (acte-source) distinct de la Constitution. Il estime que le problème que pose cette définition, dans l'ordonnancement italien, se situe dans l'individualisation de cet acte-source et, surtout, des limites relatives à l'exercice d'une telle compétence. D'après une analyse des expériences étrangères, l'auteur souligne que la *suspension* de l'efficacité de la norme constitutionnelle s'accompagne, en général, de la prévision par le même acte-source d'un régime temporaire de ces mêmes droits, plus restrictif que celui prévu par la Constitution qui, en conséquence, se trouve être *dérogée* en plus d'être *suspendue*. Il s'ensuit qu'il n'y a pas d'intérêt de distinguer entre suspension et compression des droits constitutionnels, afin de soutenir que, dans les situations de crise dans les ordonnancements libéraux démocratiques modernes, les droits constitutionnels seraient compressés au travers des *techniques substitutives* des mesures formelles de suspension.

Compression et *suspension* sont ainsi des concepts qui ne se positionnent pas sur le même plan mais qui sont fonctionnellement liés. La *suspension* est l'instrument technique pour procéder à la *compression* d'un droit constitutionnel ; la *compression* d'un droit est la conséquence de la *suspension* de l'efficacité de la norme qui reconnaît ce droit ⁴⁵⁵.

L'étendue des limitations des droits fondamentaux peut donc revêtir diverses formes. Elle sera toujours soumise à la libre appréciation du législateur (que ce soit dès l'origine du texte ou lors de sa conversion), sous le contrôle de la Cour constitutionnelle italienne.

D'une manière plus générale, il est observé que lorsque la Constitution laisse au législateur une certaine marge de discrétionnalité dans l'organisation du régime d'un droit constitutionnellement protégé, la Cour répète que le législateur doit en faire un usage raisonnable.

Le fondement du contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle italienne, sur le caractère raisonnable des normes législatives aménageant les droits constitutionnellement garantis, rejoint le raisonnement du Conseil constitutionnel français sur la conciliation nécessaire que ce dernier doit opérer entre la sauvegarde de l'ordre public et le respect des libertés, et pousse la Cour à limiter son contrôle à la *manifesta irragionevolezza*.

Cela est la ligne de conduite adoptée dans l'arrêt n° 15 de 1982. Après un examen minutieux de la question de constitutionnalité soulevée par le juge *a quo*, la Cour italienne admet le caractère *non irragionevole* de la prolongation du délai de

⁴⁵⁵ Pour A. PACE, toute compression d'un droit liberté – même minime – est toujours une restriction, laquelle n'est pas légitime lorsqu'elle compromet le *libre* exercice du droit, comme cela est constitutionnellement garanti. (*Problematica*, *op. cit.*, n° 31).

détention préventive pour les délits de terrorisme ou de subversion de l'ordre démocratique, telle que prévue par l'article 10 du décret-loi n° 625 de 1979. Elle rappelle d'ailleurs que la jurisprudence relative à la *ragionevolezza*, « désormais constante de cette Cour, laquelle en a depuis longtemps reconnu l'existence dans notre système constitutionnel », implique « explicitement que le législateur est tenu au “respect de la *ragionevolezza*” (décision n° 7 de 1965) et qu'il trouve une “limite dans la *ragionevolezza*” (décision n° 164 de 1971) »⁴⁵⁶.

Les droits fondamentaux ou, pour reprendre l'expression employée en Italie, les droits constitutionnels, peuvent connaître diverses formes de limitation de la part des pouvoirs publics, afin de mettre en place une réponse appropriée au terrorisme. Chacune de ses formes sera déterminée, dans sa forme et dans son étendue, discrétionnairement par le Gouvernement ou le Parlement.

Comme on le sait, en Espagne, la question de l'étendue des aménagements des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme est déjà résolue par l'article 55-2 de la Constitution, qui autorise la suspension des droits fondamentaux.

De prime abord, la situation peut paraître plus claire en vertu de la légitimité constitutionnelle explicite de l'action législative en matière de terrorisme, d'une habilitation constitutionnelle à suspendre trois droits fondamentaux sous certaines conditions. Or, la pratique de la législation antiterroriste espagnole, qui n'a pas faibli depuis l'entrée en vigueur de la Constitution actuelle, démontre que le législateur espagnol dispose, lui aussi, d'une large marge d'action.

Nous savons que dans le cadre de l'application de l'article 55-2 de la Constitution tout d'abord, les constituants n'ont pas *verrouillé* la mise en œuvre de la suspension des droits fondamentaux au point d'é luder toute question en pratique. Il revient alors au législateur organique de définir certaines notions, notamment celles de la relation entre les personnes visées par la suspension, les enquêtes terroristes et des éléments terroristes, et de préciser le mécanisme de suspension, au regard de l'intervention judiciaire notamment.

La suspension des droits fondamentaux est ainsi soumise au bon sens du législateur et au respect qu'il voudra bien témoigner à l'endroit de la pensée des constituants. Il n'empêche que deux majorités successives pourraient adopter des mesures bien différentes.

Le Tribunal constitutionnel espagnol résume d'ailleurs l'étendue de la suspension des droits fondamentaux sur la base de l'article 55-2 de la Constitution

⁴⁵⁶ *Cour const.*, n° 15 de 1982, cons. en droit 3.

en déclarant qu'elle correspond à des « situations normatives temporaires durant lesquelles le régime des droits fondamentaux déterminés n'est pas celui prévu ordinairement, mais un régime distinct, instauré en réponse à une menace spécifique contre l'ordre démocratique »⁴⁵⁷.

À l'exception d'une confirmation de l'évidente nécessité d'aménager différemment les droits fondamentaux pour affronter le terrorisme, la déclaration du juge constitutionnel espagnol reste laconique, et ce n'est que dans une analyse au cas par cas que ce dernier construit les limites précises de l'action du législateur dans ce domaine.

Aussi, bien qu'il déclare que la suspension individuelle des droits de l'article 55-2 de la Constitution ne peut avoir qu'un rôle limité en tant que réaction à des menaces concrètes, et qu'elle « ne peut pas être appliquée, même strictement, au-delà des hypothèses mentionnées dans le texte constitutionnel, que le législateur peut seulement préciser, sans aucune marge de manœuvre à ce sujet »⁴⁵⁸, le Tribunal constitutionnel doit toujours veiller à ce que la disposition mettant en œuvre les hypothèses de l'article 55-2 de la Constitution témoigne d'une pondération adéquate (*ponderacion adecuada*) des exigences constitutionnelles⁴⁵⁹.

La question de l'étendue des aménagements des droits fondamentaux n'est en revanche pas réglée par l'article 55-2 de la Constitution espagnole lorsque le législateur agit en dehors de ce cadre, c'est-à-dire pour aménager les autres droits non-cités par l'article 55-2.

La compétence du législateur espagnol augmente alors considérablement et rejoint celle de ses homologues français et italien.

Seule la qualité de la loi est imposée au législateur. La Constitution prévoit en effet l'intervention d'une loi organique pour l'aménagement des droits proclamés aux articles 14 à 29 de la Constitution espagnole et une loi ordinaire pour les autres droits du Titre 1^{er}⁴⁶⁰.

La loi organique est ainsi compétente pour le « développement des droits fondamentaux ». Le Tribunal constitutionnel a cependant dû interpréter cette expression, afin de préciser ce qu'il fallait entendre par *développement* et quels étaient précisément les droits visés par cet effet.

⁴⁵⁷ STC 71/1994, voir aussi J-J. SOLOZABAL ECHAVARRIA, « Rapport espagnol... », art. cit., p. 154.

⁴⁵⁸ STC 199/1987, cons. en droit n° 2.

⁴⁵⁹ Cf. *infra* STC 199/1987 sur la conciliation entre la suspension des droits fondamentaux et l'intervention judiciaire nécessaire par la loi organique 9/1984.

⁴⁶⁰ cf. respectivement les articles 81-1 et 53-1 de la Constitution espagnole.

Le Tribunal constitutionnel a déduit de l'exigence d'une majorité absolue au Congrès, une interprétation restrictive de la notion de *développement*⁴⁶¹ qu'il a en conséquence délimitée à la réglementation générale du droit ou de la liberté ou à l'organisation de son régime juridique⁴⁶². Il y a aussi inclus les lois organiques qui établissent des restrictions aux droits et libertés⁴⁶³. En d'autres termes, l'exigence d'une loi organique se réfère seulement au développement normatif qui affecte de manière directe ces droits parce qu'il est tout à fait envisageable qu'une loi ordinaire régule des aspects de ces droits qui n'affectent pas les éléments essentiels de ces derniers.

Ensuite, sur le fait de savoir si l'expression *droits fondamentaux* visait l'ensemble des droits fondamentaux cités dans la Constitution ou une partie d'entre eux seulement, le Tribunal a choisi la deuxième solution. Il a donc délimité l'application de l'article 81-1 de la Constitution espagnole aux articles 15 à 29 du texte. Malgré cette interprétation restrictive, une partie de la doctrine a continué de plaider pour une conception plus généreuse, en faveur d'une réserve de loi organique pour la totalité des droits du Titre 1 de la Constitution⁴⁶⁴.

Le Tribunal constitutionnel a, cependant, toujours fermement maintenu une interprétation restrictive. Dans sa décision du 27 octobre 1987, il affirme que « notre Constituant, en donnant forme à la Loi organique (article 81), l'a fait, et ainsi l'a exprimé ce tribunal, de manière restrictive et exceptionnelle, dès lors qu'exceptionnelle l'est aussi l'exigence de majorité absolue et non la majorité simple, pour son adoption parlementaire. Cela suppose que ne devront revêtir la qualité de Loi organique que les matières prévues de manière expresse par le Constituant sans que la portée de l'interprétation puisse être extensive ». Puis, il a rappelé que « fait partie de la jurisprudence réitérée de ce tribunal le fait que les lois doivent être interprétées en accord avec la Constitution qui consacre les droits fondamentaux et confère une protection renforcée à ceux des articles 14 à 29 de la Constitution »⁴⁶⁵.

Pour les autres droits fondamentaux cités au Titre 1^{er} de la Constitution, autres que ceux figurant aux articles 14 à 29 du texte, l'article 53-1 impose une réserve de loi. Le législateur est donc compétent d'une manière générale dans le domaine des droits et libertés. Cette réserve de loi est entendue plus strictement qu'en Italie puisque l'article 86-1 de la Constitution espagnole interdit la régulation de l'ensemble des droits du Titre 1^{er} de la Constitution par un décret-loi. La finalité de la disposition est d'empêcher l'utilisation des décrets-lois pour réguler « le régime

⁴⁶¹ cf. *STC* 160/1987 et *STC* 127/1994.

⁴⁶² cf. *STC* 93/1988 et *STC* 173/1998.

⁴⁶³ cf. *STC* 101/1991 et P. GARCIA-ESCUADERO MARQUEZ, « Comentario... », art. cit.

⁴⁶⁴ Il s'agit notamment du professeur PEREZ-LUÑO, cf. J.-L. BREY, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 217.

⁴⁶⁵ *STC* 76/1983, *STC* 95/1983, cf. *Ibid.*

général des droits, devoirs et libertés du Titre 1 » ou, autrement dit, interdire que par décret-loi « on aille contre le contenu ou les éléments essentiels de certains droits fondamentaux »⁴⁶⁶.

Ensuite, l'ensemble des droits reconnus par l'État espagnol peut rencontrer des limites, explicites et implicites, qui seront évaluées par le juge constitutionnel au regard de l'application d'un principe de *proporcionalidad*. Ainsi, le Tribunal constitutionnel exige que les limitations aux droits fondamentaux soient interprétées le plus strictement possible et dans le sens le plus favorable à leur contenu essentiel⁴⁶⁷.

Excepté à propos de la nature de la loi, la Constitution espagnole n'impose pas au législateur un degré d'aménagements des droits fondamentaux pour gérer les situations exceptionnelles. Il pourra décider d'apporter des restrictions ou des dérogations à l'exercice de ces droits en allant aussi loin qu'il l'estime nécessaire. Il est en revanche certain qu'il ne peut suspendre les droits qui ne sont pas cités à l'article 55 de la Constitution et, même pour les droits que les deux paragraphes mentionnent, ceux visés par le premier d'entre eux ne peuvent être suspendus que dans le cas précis de l'entrée en vigueur des régimes d'exception. Ainsi, les droits autres que ceux reconnus aux articles 17, alinéa 2, et 18, alinéa 2 et 3, de la Constitution, ne devraient pas pouvoir être suspendus dans le cadre des enquêtes sur les activités des groupes terroristes.

En conclusion, la compétence des législateurs à restreindre les droits fondamentaux pour lutter efficacement contre le terrorisme évolue dans un espace dont les frontières ne peuvent être déterminées au préalable avec précision, en raison du domaine dans lequel s'inscrit la lutte contre le terrorisme. En effet, cette lutte correspond à une politique de protection de l'ordonnancement étatique et, de ce fait, exige une conciliation avec les droits fondamentaux, qui renvoie à la conception démocratique sur laquelle chaque État se construit.

L'ensemble des juges constitutionnels en appelle alors à la proportionnalité, la *ragionevolezza* ou encore l'*adecuada ponderacion* des dispositions législatives.

⁴⁶⁶ STC 111/1983. Cette interdiction des décrets-lois n'est toutefois pas très claire. En principe, il faut penser que c'est l'ensemble du Titre 1 qui est protégé contre l'usage des décrets-lois, mais une lecture plus approfondie de l'article 86.1 nous met en garde contre une interprétation trop restrictive de l'utilisation de ce type de norme. Le Tribunal constitutionnel lui-même, dans la décision controversée sur l'affaire « Rumasa », maintient la thèse selon laquelle on peut faire usage des décrets-lois pour réglementer le contenu des « droits et devoirs » de la Section 2 du Chapitre 1 du Titre 1 CE (V. J-L. BREY, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 217).

⁴⁶⁷ STC 159/1986 et STC 20/1990. Cf. J. BRAGE CAMAZANO, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 295 et s.

Ces dernières, déterminées dans une grande liberté par les Gouvernements et les législateurs, deviennent ainsi un véritable indicateur du *niveau* démocratique d'un État. Seul le bon sens doit alors guider l'action législative et prendre en compte les limites classiques dégagées par la théorie des droits fondamentaux.

§ 2 – Les limites classiques à l'action législative

La compétence des législateurs nationaux va devoir s'exercer en prenant en compte une série de principes issus de la théorie des droits fondamentaux. Ces principes constituent des limites imprescriptibles à l'action sur le régime des droits fondamentaux et ils s'imposent en toute période. Les législateurs ne peuvent les écarter pour affronter avec encore plus de liberté les situations de crise.

Les limites classiques à l'action législative nationale doivent être envisagées dans une dimension internationale. Chaque État étant partie d'un certain nombre de conventions internationales, ces dernières légitiment parfois la limitation des droits fondamentaux par les pouvoirs publics, d'autres fois, elles posent des limites précises à cette action.

Un tour d'horizon des normes constitutionnelles et législatives, nationales et internationales, ainsi que des jurisprudences constitutionnelles et internationales, permet de dégager un *noyau dur* de limites à la restriction des droits fondamentaux.

Ainsi, l'action étatique sur les droits fondamentaux doit correspondre à une nécessité, dans une société démocratique, de la prévision d'une limite à l'exercice des droits fondamentaux aux fins de protéger l'ordre public ou la sécurité ; elle doit ensuite être guidée par le respect du principe de proportionnalité entre la mesure adoptée et l'objectif à atteindre ; enfin, l'urgence doit agir comme un critère légitimant des régimes juridiques différents ⁴⁶⁸.

À l'instar de la variété des fondements constitutionnels à la lutte contre le terrorisme, les limites générales de l'action législative sont diversement formulées dans chaque ordonnancement. N'étant pas automatiquement prévues par les textes, ce sont le plus souvent les juges, constitutionnels ou européens, qui ont élaboré les bornes de cette action, au fil de leur jurisprudence.

Cela explique que les limites peuvent varier d'un État à l'autre. Néanmoins, tous les ordonnancements partagent le sentiment que certains droits sont déclarés

⁴⁶⁸ P. BONETTI, *Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 302.

indérogeables (**A**) et qu'une attention toute particulière doit être portée au contenu essentiel des droits (**B**).

A. Le respect des droits indérogeables

Il existe désormais une série de droits qui ne peuvent souffrir d'aucune dérogation ou de toute autre forme de limitation. Ils composent ainsi une forme de noyau dur des droits fondamentaux, noyau impénétrable à l'action du législateur.

Ces droits sont proclamés droits *indérogeables* ou encore *intangibles* dans certaines Constitutions et dans les Conventions internationales. Selon la source cependant, la liste de ces droits est plus ou moins fournie. Pour nos développements, nous retiendrons la liste de ces droits bénéficiant d'une protection *particulière* proclamée par la Convention européenne des droits de l'Homme et le Pacte international sur les droits civils et politiques, car elle s'applique à l'égard des législateurs espagnol, français et italien lorsque ces derniers adoptent une loi antiterroriste.

Selon la Convention européenne, les droits ne pouvant connaître aucune dérogation sont les suivants : le droit à la vie (article 2), le droit ne de pas être torturé ni de subir de traitements inhumains et dégradants (article 3), l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (article 4 § 1), la non-rétroactivité de la loi pénale (article 7) et le droit de ne pas être jugé ou puni deux fois (article 4 du protocole additionnel n° 7).

Ces droits se positionnent en tant que droits *absolus* par opposition aux autres droits reconnus dans le texte qui, pouvant voir leur exercice réduit, sont dits *conditionnels*.

Le caractère inaliénable et imprescriptible de ces droits ressort de l'article 15 § 2 de la CEDH, qui interdit formellement qu'une quelconque dérogation leur soit apportée, même si celle-ci devait intervenir dans le cadre de l'application de l'article 15 §1, qui autorise des dérogations aux droits proclamés en cas d'état d'urgence.

Ainsi, même dans le cadre du combat mené par les États contre le terrorisme, ces droits doivent voir leur exercice pleinement assuré. Ils ne cèdent pas face aux nécessités de l'ordre public et s'imposent aux États qui disposent d'une marge d'appréciation à leur égard quasi inexistante.

Ce noyau dur incite à penser qu'une hiérarchie existerait entre les droits fondamentaux, qui établirait ces droits indérogeables au sommet de la pyramide. Viendrait ensuite la catégorie beaucoup plus large des droits « conditionnels » ou « ordinaires », qui se subdiviserait elle-même en deux groupes. Un premier groupe se composerait de droits pouvant connaître des « restrictions liées aux exigences du maintien de l'ordre public, [ou] de véritables dérogations [...] justifiées par la survenance de circonstances exceptionnelles ». Y prendraient place le droit à la liberté et à la sûreté, la liberté d'expression et de réunion, le droit au double degré de juridiction en matière pénale. Un second groupe serait, quant à lui, intégré par les droits ne connaissant que des dérogations en cas de circonstances exceptionnelles, tels le droit au recours, le droit à l'instruction, la liberté de conscience, d'opinion ou de religion ⁴⁶⁹.

L'éventuelle hiérarchie des droits fondamentaux peut effectivement être développée sur un plan purement théorique. Cela devient plus complexe en pratique, les juges ne démontrant pas encore suffisamment l'existence d'une telle échelle. La Cour européenne, notamment, « entend développer le champ de tous les droits reconnus » et elle a, par sa jurisprudence, ajouté « une autre distinction notable, susceptible de troubler le jeu d'une telle hiérarchie » liée à la notion de « droits constitutifs de la société démocratique » ⁴⁷⁰.

Peu de Constitutions reconnaissent cette série de droits indérogeables. Les Constitutions française et italienne n'en disent mot, mais cela se justifie sans mal par leur date de proclamation, éloignée de l'essor de la protection des droits fondamentaux. L'article 15 de la Constitution espagnole, en revanche, dispose que « tous ont droit à la vie et à l'intégrité physique et morale, sans qu'en aucun cas ils puissent être soumis à la torture ni à des peines ou à des traitements inhumains ou dégradants ».

Il faut cependant souligner que l'interdiction de la peine de mort a été intégrée à l'article 66-1 de la Constitution française par la loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007. L'article 15 de la Constitution espagnole l'interdit également, « exception faite des dispositions que pourront prévoir les lois pénales militaires en temps de guerre », dans le même esprit que la Constitution italienne (article 27, al. 4).

A côté de ces droits indérogeables, la notion de contenu essentiel des droits occupe une place de plus en plus importante dans le contentieux constitutionnels.

⁴⁶⁹ V. les développements précis in L. FAVOREU, *Droits des libertés...*, *op. cit.*, p. 428-429.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 429 et s.

B. Le respect du contenu essentiel des droits ou « les limites aux limites » ⁴⁷¹

La réserve de loi en matière de droits fondamentaux est notamment limitée par l'obligation, pour le législateur, de ne pas porter atteinte au contenu essentiel de ces derniers. Cette limite à la compétence législative est parfois expressément prévue par les textes constitutionnels.

Ainsi, l'article 19.2 de la Loi fondamentale allemande prohibe qu'il soit porté atteinte à la *substance* d'un droit fondamental. Cette inscription, hautement symbolique dans le texte de 1949, permettait aux constituants d'interdire qu'il ne soit de nouveau porté atteinte aux droits fondamentaux comme cela avait pu être le cas sous la République de Weimar, durant laquelle certains d'entre eux avaient tout bonnement été abrogés par voie législative. Par cette déclaration – dans le même article organisant la restriction des droits fondamentaux – le constituant entendait donc mettre les droits « hors de portée » du législateur ⁴⁷².

La Constitution espagnole a transposé cette référence. L'article 53 du texte de 1978, tout en reconnaissant à la loi la possibilité de réglementer l'exercice des droits et des libertés, l'oblige à respecter leur « contenu essentiel ».

La notion peut vite être recouverte d'un voile d'opacité. Comme le souligne G. Peces Barba, ce « concept juridique indéterminé [...], en dehors d'un noyau d'éléments communs, suppose un contenu spécifique pour chaque droit » ⁴⁷³.

Le Tribunal constitutionnel a donné une interprétation à l'expression dans une décision du 8 avril 1981 ⁴⁷⁴. À son sens, la notion de contenu essentiel renvoie à la totalité des droits fondamentaux et donc, à tout droit subjectif qu'il soit ou non constitutionnel. Il estime que ce contenu essentiel se détermine par deux aspects.

Le premier aspect correspond à la nature juridique de chaque droit ou le mode de configuration. La nature et la portée de chaque droit sont généralement fixées au moment où le législateur doit réglementer son exercice. Cependant, ces éléments préexistent et le législateur, finalement, ne fait que reconnaître cette nature abstraite par la régulation concrète qu'il opère. Le législateur doit donc prendre en compte les caractéristiques du droit, afin de le réglementer de manière pertinente pour que la loi rende compte de toute sa dimension et de sa nature intrinsèque.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 181.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 151.

⁴⁷³ G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid ou *Vingt ans de saisine parlementaire*, Paris, Economica et PUAM, 1995, p. 597 cité par L. FAVOREU, *Droit des libertés...*, *op. cit.*, p. 151.

⁴⁷⁴ STC 11/1981 du 8 avril 1981, cons. en droit n° 8.

Dans le cas contraire, s'il limitait l'expression des caractéristiques du droit au point de ne plus le reconnaître, il le dénaturerait et porterait donc atteinte à son contenu essentiel.

Le second aspect consiste à prendre en compte les intérêts juridiquement protégés qui constituent le noyau dur du droit, le Tribunal constitutionnel parle même de moelle des droits subjectifs. Cet aspect est indispensable car ces intérêts « donnent vie au droit », et ils doivent en conséquence être « réellement, concrètement et effectivement protégés »⁴⁷⁵. Si le droit est soumis à des limitations qui le rendent impraticable, rendent difficile son exercice ou le dépouillent d'une nécessaire protection, le contenu essentiel est méconnu.

Le contenu essentiel est donc « la partie du contenu d'un droit sans laquelle celui-ci perd sa spécificité, ou, dit d'une autre façon, ce qui fait que ce droit peut être rattaché à une catégorie de droit d'un type défini. Il s'agit aussi de la partie d'un droit qui est invariablement nécessaire pour que le droit permette à son titulaire la satisfaction des intérêts pour la poursuite desquels le droit est octroyé »⁴⁷⁶.

Les deux voies proposées par le Tribunal constitutionnel pour déterminer le contenu essentiel de chaque droit « ne sont pas alternatives, encore moins antithétiques, mais à l'inverse complémentaires de sorte que pour affronter la détermination du contenu essentiel de chaque droit elles puissent être conjointement utilisées pour confronter les résultats auxquels chaque voie a pu arriver »⁴⁷⁷.

Le juge constitutionnel espagnol reconnaît aisément qu'en pratique, seuls les spécialistes du droit peuvent répondre à la question de savoir si ce que le législateur a prévu correspond à ce que l'on entend généralement d'un droit. Le Tribunal constitutionnel a donc préféré retenir qu'il lui reviendra de déterminer ce contenu, qui correspond finalement au noyau dur intouchable de chaque droit⁴⁷⁸, plutôt que « de s'enfermer *a priori* dans un cadre conceptuel déterminé »⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ STC 11/1981 du 8 avril 1981, cons. en droit n° 8.

⁴⁷⁶ L. FAVOREU, *Droit des libertés...*, *op. cit.*, p. 152.

⁴⁷⁷ STC 11/1981 du 8 avril 1981, cons. en droit 8.

⁴⁷⁸ F. FERNANDEZ SEGADO, « La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal constitucional », *Rev. de información legislativa*, 121/1994, p. 69 cité par L. FAVOREU, L. FAVOREU, *Droit des libertés...*, *op. cit.*, p. 152. ; P. MUZNI, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit. La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la Cour EDH », *R.D.P.*, 2006, p. 977-1005.

⁴⁷⁹ C.-A. CHASSIN, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux à travers le recours d'*Amparo* constitutionnel en Espagne », *Les cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, Presse Universitaire de Caen, 2002, n° 1, p. 9.

Les Constitutions française et italienne sont silencieuses sur la notion de contenu essentiel des droits fondamentaux. Pour autant, les juges constitutionnels ont su, eux aussi, établir une protection de ce noyau dur au fil de leur jurisprudence en vérifiant que le législateur mettait bien en œuvre les libertés sans les mettre en cause. La théorie des droits fondamentaux veut donc, d'un côté, qu'ils ne soient pas absolus mais, de l'autre, qu'ils soient opposables au législateur ⁴⁸⁰.

Le Conseil constitutionnel vérifie ainsi que le législateur, dans sa mission de conciliation des droits fondamentaux entre eux ou avec une fin d'intérêt général, n'a pas dénaturé ce droit.

La Cour constitutionnelle italienne a, quant à elle, affirmé l'existence d'un « contenu essentiel » à l'occasion de décisions anciennes relatives au droit de propriété et d'expropriation, dont la portée est restée limitée aux lois admettant les interventions concrètes de l'autorité administrative sur les droits des particuliers ⁴⁸¹.

La jurisprudence constitutionnelle plus large sur l'*emergenza* met en avant que face aux dispositions législatives adoptées pour gérer une situation d'urgence, lorsque les normes apparaissent dérogatoires, exceptionnelles ou suspensives des dispositions législatives *ordinaires*, la Cour vérifie en premier lieu que la *ragionevolezza* de ces dispositions est fondée sur des éléments justifiés de manière raisonnable et, en particulier, liée à une situation anormale et temporaire ; en second lieu, elle affirme que la norme exceptionnelle, dès lors qu'elle est destinée à gérer une situation temporaire, ne peut être prorogée sans justification dans le temps, au risque de devenir une norme *ordinaire* ; en dernier lieu, elle reconnaît que même durant les situations d'urgence, le législateur ne peut porter atteinte à la garantie constitutionnelle de cette liberté ⁴⁸².

Cela équivaut à dire qu'aucune liberté constitutionnellement garantie ne peut être totalement méconnue, même au cours de période d'*emergenza*. La cour affirme aussi de la sorte qu'il existe un *noyau dur* de chaque droit, qui ne peut disparaître quelles que soient les circonstances.

Ces « limites aux limites », que le législateur se doit de respecter lorsqu'il aménage l'exercice de chaque droit fondamental, prennent toute leur potentialité dès lors que le juge constitutionnel veille *a posteriori* au respect de la substantifique moelle des droits.

⁴⁸⁰ L. FAVOREU, *Ibid.*

⁴⁸¹ *Cour const.* 55/1968 et 5/1980 ; G. ZAGREBELSKY, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux – Cour constitutionnelle italienne », in L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1987, p. 305.

⁴⁸² P. PINNA, « L'emergenza... », art. cit., p. 614-615; P. BONETTI, *Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 329-330.

Dans ce large espace de liberté octroyé aux législateurs, le seul rempart efficace contre les dérives législatives, éventuelles mais pourtant si faciles dans un contexte aussi émotif que celui créé par le terrorisme, est incarné par le contrôle de constitutionnalité ⁴⁸³.

Ce dernier est d'autant plus essentiel qu'en période sensible, telle que celle créée par la menace terroriste, l'utilisation des *techniques substitutives* par les États démocratiques, qu'évoque A. Pace ⁴⁸⁴, leur permet de contourner le recours à une mesure formelle de suspension des droits fondamentaux sans toutefois éviter la restriction de ces mêmes droits. En effet, par ces techniques, les États substituent aux régimes officiels d'exception – lorsqu'ils sont officiellement prévus, cela s'entend – des pouvoirs dits *normaux* ou *ordinaires* de police, ou encore des lois dites *exceptionnelles* et, par conséquent, temporaires, qui ont cependant pour effet d'agir de manière notable sur les droits fondamentaux en en modifiant le régime (cela peut se manifester, par exemple, par une remise en question du secret des correspondances ou les délais de garde à vue) ⁴⁸⁵.

Les propos de l'auteur sont parfaitement d'actualité lorsque les réactions normatives des États démocratiques face au terrorisme, entrées en vigueur ces dernières années, témoignent d'un refus de ces États de déclarer officiellement l'entrée en vigueur d'un régime précis d'exception, afin d'éviter que l'exception ne dure trop longtemps et mette à mal leur label *démocratique* ⁴⁸⁶.

Ils s'inscrivent également dans la lignée des réflexions sur le bien-fondé de la décision du 25 janvier 1985 du Conseil constitutionnel, qui a officialisé la compétence du législateur à réduire les droits fondamentaux en période exceptionnelle.

⁴⁸³ Pour G. BRAIBANT, la principale garantie des droits fondamentaux réside donc dans le contrôle de constitutionnalité des lois antiterroristes. À ce titre, le contrôle *a priori* présente l'avantage d'indiquer au législateur d'exception et aux autorités administratives si la législation adoptée et à exécuter est conforme à la Constitution, et ce, quasi immédiatement (huit jours si l'urgence est déclarée). Pour l'auteur, il présentait cependant l'écueil de ne pouvoir censurer les dérives des textes mises en exergue par la pratique. Depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, suite à l'insertion de l'article 61-1 dans la Constitution par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, dont l'entrée en vigueur est intervenue le 1^{er} mars 2010, cette remarque ne pourra plus se vérifier. L'auteur note, enfin, que l'avantage du contrôle *a priori* sur la théorie des circonstances exceptionnelles développées en droit administratif est réel si l'on considère avec Guy Braibant que « la jurisprudence administrative sur les circonstances exceptionnelles a un rôle ambigu : elle place les bornes aux abus, mais en même temps, elle leur ouvre la voie. L'administrateur sait qu'il peut méconnaître la légalité normale, mais il ne saura qu'après coup, ou jamais, s'il n'y a pas de recours, jusqu'à quel point » (« L'État face aux crises », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 5).

⁴⁸⁴ A. PACE, *Problematica ...*, *op. cit.*, p. 336, note 60.

⁴⁸⁵ V. G. CAMUS, *L'état de nécessité en démocratie*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 80 et s. ; P-G. GRASSO, « voce Necessità (dir. pubbl.) », in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Varese, Giuffrè, 1977, p. 877 et s.

⁴⁸⁶ G. DE VERGOTTINI, « La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo », *Rassegna parlamentare*, 2004, p. 427 et s, spec. p. 438.

Si Ph. Terneyre se réjouit de cette reconnaissance, P. Wachsmann l'a, au contraire, regrettée. La portée de la décision est effectivement ambivalente : d'un côté, elle permet au moins au Parlement, représentation de la nation, de mettre des bornes à l'action des pouvoirs publics dans une période critique pour la stabilité de l'État. Comme le souligne Ph. Terneyre, « mieux vaut une loi de crise que la seule jurisprudence administratives des circonstances exceptionnelles comme fondement à l'action des autorités publiques »⁴⁸⁷.

D'un autre côté, et c'est là le point de vue de P. Wachsmann, le Conseil constitutionnel place ainsi les libertés sous le signe du relativisme et ouvre donc la voie à une action poussée du législateur sur ce terrain. Il estime « qu'il n'en est aucune [libertés] qui ne soit menacée de devoir céder aux exigences de l'ordre public »⁴⁸⁸. La décision du 25 janvier 1985 encourt donc, à son sens, « le grave reproche de permettre au législateur de créer des régimes d'exception durant lesquels les libertés publiques pourront être plus ou moins gravement méconnues [...] les libertés, même consacrées par la Constitution, ne sont garanties en France que sous la condition résolutoire de multiples régimes d'exception »⁴⁸⁹.

Les exemples espagnol et italien fournissent alors deux éléments de comparaison intéressants. En Espagne, le débat a été très vif lorsque les constituants ont décidé de constitutionnaliser la possibilité de suspendre les droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. La mesure demeure discutable, aujourd'hui encore, mais elle a aussi montré son efficacité⁴⁹⁰. En Italie, en revanche, le silence du texte constitutionnel et de la Cour constitutionnelle, sur l'étendue de la compétence des pouvoirs publics en matière d'aménagement des droits fondamentaux dans des périodes exceptionnelles, n'a pas facilité la pratique et a, là aussi, nourri de nombreuses controverses. En dépit de ces débats, le Gouvernement et le Parlement ont dû agir. Ils ont adopté une ligne de conduite fluctuante dans le temps et selon le contexte. Leur action est ainsi placée sous le signe de l'aléa, alors qu'en Espagne, l'action du législateur est globalement balisée. La France, dans ce schéma, se positionne comme un juste milieu.

Si aucune situation ne peut être idéale, la prévision des grandes lignes de l'action des pouvoirs dans des domaines aussi sensibles nous paraît souhaitable. D'une part, pour encadrer l'action législative qui, en temps de crise peut emprunter des chemins douteux ; d'autre part, pour faciliter le contrôle des juges

⁴⁸⁷ PH. TERNEYRE, « Les adaptations aux circonstances... », art. cit., p. 1496.

⁴⁸⁸ P. WACHSMANN, « Chronique de jurisprudence... », art. cit., p. 363.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 364.

⁴⁹⁰ Ce qui n'est pas l'avis de S. SANCHEZ qui estime que la « politique antiterroriste n'a pas porté ses fruits » (« Reflexiones breves sobre la política antiterrorista, *R.D.Pol.*, n° 27-28, 1988, p. 306. Cf. également F.J. BOBILLO, « Constitucion y legislacion... », art. cit., p. 72 et s.).

constitutionnels puisque dès lors, les libertés se retrouvent ainsi renvoyées à l'arbitrage discrétionnaire du législateur, et l'intervention du contrôle de constitutionnalité en ressort indispensable. Elle n'est pourtant pas systématique.

Lorsque le juge constitutionnel est saisi de l'examen de la constitutionnalité d'une disposition antiterroriste, il sait que son contrôle doit prendre en compte la compétence générale en matière d'aménagement des droits fondamentaux que le législateur tire de la Constitution. Il dispose cependant de toutes les potentialités pour assurer un contrôle efficace, afin de maintenir la législation antiterroriste dans les frontières de l'État de droit. Cependant, la légitimité de l'action législative contre le terrorisme et des motifs sur lesquels cette dernière fonde les mesures limitatives des droits fondamentaux agissent sur le contrôle du juge constitutionnel qui va se retrouver quelque peu conditionné par ce cadre singulier.

Chapitre 2 :

La prépondérance des motifs de restriction des droits fondamentaux

Le terrorisme atteint le contrôle de constitutionnalité, à travers la norme législative, pour en modeler l'étendue dès lors que la simple mention du terrorisme comme fondement législatif de la restriction des droits fondamentaux impacte l'appréciation du juge constitutionnel, qui a ainsi tendance à la valider.

La plupart des dispositions législatives limitant l'exercice des droits fondamentaux dans le but de lutter contre le terrorisme sont en effet justifiées par des motifs inhérents au phénomène. Les législateurs ont ainsi pensé l'organisation de la prévention et de la répression du terrorisme au regard de ses caractéristiques et de l'urgence avec laquelle il impose une réaction de la part des Gouvernements ou des forces de police dans le cadre des enquêtes le concernant.

Ces éléments sont si étroitement liés au phénomène qu'ils ont une double fonction dans son appréhension par le droit : ils sont, à la fois, le moteur de la limitation législative des droits fondamentaux et la cause légitimant cette même limitation pour les juges constitutionnels.

Les paramètres du contrôle de constitutionnalité sont alors revisités par l'objet même de la loi. Ce dernier confère en effet au paramètre législatif une puissance sans égale qui rompt, avant même tout contrôle, l'équilibre entre la disposition législative et les principes constitutionnels, pour auréoler la première d'une évidente légitimité.

Dans cette étroite relation qui se tisse entre l'objet de la loi et les motifs de l'atteinte, il ne reste *quasiment* plus de place aux juges constitutionnels pour discuter l'ampleur de l'atteinte aux droits fondamentaux. La limitation de l'espace de contrôle du juge constitutionnel n'équivaut donc pas à une disparition du contrôle.

Cependant, l'évidente légitimité des motifs de limitation des droits fondamentaux conditionne toutes les discussions dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. Elle limite donc considérablement la marge d'appréciation des juges constitutionnels, qui se contentent, dans la plupart des cas, de prendre acte de la justification législative pour valider les dispositions déferées, dès lors, évidemment, que l'appréciation du législateur est restée raisonnable ou fondée sur des motifs objectifs et justifiables.

La jurisprudence sur les premières lois antiterroristes contient ainsi plusieurs décisions dans lesquelles le juge constitutionnel n'a pu contredire les motifs avancés par le législateur, tant ce dernier s'engageait dans la construction de ce régime dérogatoire.

Ainsi, les caractéristiques du terrorisme (**Section 1**) et l'urgence qui lui est inhérente (**Section 2**) ont entraîné, tour à tour, une *autre* lecture des aménagements de l'exercice des droits fondamentaux par les juges constitutionnels.

Section 1 : La limitation des droits fondamentaux justifiée par les caractéristiques du terrorisme

Les spécificités du phénomène terroriste ont incité les législateurs à mettre en place tout un ensemble de règles adaptées à cette forme si particulière de criminalité. Ces règles se sont donc immédiatement inscrites à une place assez élevée sur l'échelle de sévérité. Sur le plan préventif, cela s'est manifesté par une atteinte plus poussée des droits fondamentaux des citoyens, afin de faciliter les investigations correspondantes. Sur le plan préventif, ce sont de nouvelles modalités de jugement et des sanctions plus fortes qui ont accompagné un traitement plus sévère du présumé terroriste lors de sa détention provisoire, ainsi que celle de l'accusé terroriste tout au long de son incarcération.

Le consensus qui s'est créé autour de ce régime dérogatoire au droit commun a été total. Il faut dire que les demandes de l'opinion publique se faisaient très pressantes en raison d'un climat de peur que les terroristes avaient su insuffler dans la société à coup d'attentats réguliers.

Les juges constitutionnels n'ont rien trouvé à redire quant à la constitutionnalité des dispositions instaurant ces règles, puisque c'est le constituant espagnol lui-même qui a justifié l'instauration d'une différence de traitement entre terroristes et non terroristes (§ 1) ; c'est l'objectif de la lutte contre le terrorisme qui fonde un régime différent pour les nationaux de souche et ceux par acquisition en France (§ 2) ; c'est aussi la nature et les effets du terrorisme qui impliquent l'aménagement de certaines procédures, aussi bien en France qu'en Espagne (§ 3) ⁴⁹¹.

⁴⁹¹ L'Italie est momentanément absente de nos développements car la décision principale de la Cour constitutionnelle sur la législation antiterroriste intéresse l'impact de l'*emergenza* sur le contrôle de constitutionnalité. V. section 2 du présent Chapitre.

§ 1 – Une différence de traitement reconnue ex Constitutione en Espagne

Le principe d'égalité est largement reconnu par la Constitution espagnole⁴⁹². Le Tribunal constitutionnel a développé une large jurisprudence à son endroit⁴⁹³, qui n'a pu être mise en application face à la législation antiterroriste en raison de l'existence même de l'article 55-2 de la Constitution (A). Cette illustration supplémentaire de l'apport de la constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme n'a cependant pu être déclinée lorsque le législateur a agi en dehors de la compétence que lui confère cet article. Il a donc procédé à une application différenciée du principe dans laquelle la spécificité du terrorisme a occupé une grande place (B).

A. La rupture du principe d'égalité induite par l'article 55-2 de la Constitution

Dans la décision 199/1987 du Tribunal constitutionnel espagnol, il ne fait aucun doute que la législation antiterroriste ne méconnaît pas le principe d'égalité, et ce, en raison de l'existence même de l'article 55-2 de la Constitution.

À l'occasion d'un recours formé contre la loi organique 9/1984 du 26 décembre, qui mettait en œuvre l'article 55, alinéa 2, de la Constitution espagnole, la question de la contradiction de *l'ensemble* de la loi organique au regard du principe d'égalité a été soulevée par le Parlement basque, du fait que cette dernière établissait des restrictions plus importantes des libertés pour un groupe de personnes déterminées, à savoir, les présumés terroristes⁴⁹⁴.

⁴⁹² Dans la Constitution espagnole, l'égalité apparaît plusieurs fois dans le texte constitutionnel. Elle est ainsi protégée sous différentes formes, à l'image du système français : elle est citée dans les articles 1^{er}, alinéa 1^{er} (égalité en général), 9, alinéa 2 (obligation de l'État), 14 (égalité devant la loi), 23, alinéa 2 (égal accès aux fonctions et aux charges publiques), 31 (égalité fiscale), 32 (égalité homme-femme devant le mariage), 138 (égalité territoriale), 139 (égalité dans les territoires de l'État) et 149 (compétences exclusives de l'État).

⁴⁹³ Sur l'application du principe en Espagne, cf. F. RUBIO LLORENTE, « La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional », *REDC*, n° 31, 1991, p. 9. F. RUBIO LLORENTE, « La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: introducción », in *El principio de igualdad en la Constitución española : XI Jornadas de Estudio*, Ministerio de la Justicia, Centro de Publicaciones, Vol. 1, 1991, p. 681-712 ; M-F. FERNANDEZ LOPEZ, « La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional », in M-R. ALARCON CARACUEL, *Constitución y derecho del trabajo, 1981-1991 : (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, ed. Marcia Pons, 1992, p. 161-274 ; J-A. RUIZ MIGUEL, « La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional », in *El principio de igualdad*, Madrid, éd. Dykinsos, 2000, p. 155-200 ; L. LOPEZ RODO, « El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional », *Revista de administración pública*, n° 100-102, 1983, p. 331-346.

⁴⁹⁴ La question est entièrement exposée dans le considérant en fait n° 8 et synthétisée par le Tribunal constitutionnel dans le considérant en droit n° 2 de la *STC* 199/1987. Le Parlement basque n'arguait pas l'inconstitutionnalité de l'ensemble de la loi. Il remettait en cause les aspects fondamentaux de cette dernière. Il estimait, en effet, que les dispositions qu'elle établissait allaient à l'encontre de certains principes

Pour les requérants, la contradiction naissait du fait que la loi engendrait une rupture du principe d'égalité en créant un authentique droit spécial – dans la logique d'un *privilège négatif* (*privilegio negativo*) – pour « une certaine catégorie de délinquants » qui sont soumis à un traitement « privilégié », au sens négatif du terme (*un trato negativamente « privilegiado »*), c'est-à-dire un traitement discriminatoire quant au traitement juridictionnel de leurs conduites ou de leurs activités, avec des restrictions spéciales dans l'exercice de certains droits, qui ne sont normalement pas suspendus en période de détention, tels que le droit à l'assistance d'un avocat dans les enquêtes policières, les droits de la défense et le bénéfice de l'*habeas corpus* ⁴⁹⁵.

Pour le Parlement basque, l'ensemble de ces restrictions s'appliquaient également dans le cas de simples soupçons et affectaient certains citoyens qui jouissent pourtant, comme tous, de la présomption d'innocence, au titre de l'article 24-2 de la Constitution. Le requérant estimait également qu'il n'était pas concevable que l'autorité compétente pour décider de l'application des mesures restreignant l'exercice des droits soit l'autorité gouvernementale, par l'intermédiaire des forces de police. Cela signifiait, à son sens, que la loi organique ne limitait pas seulement la valeur supérieure de l'ordonnancement juridique qu'est la liberté, mais aussi la sécurité et l'égalité. Pour lui, les discriminations qui naissaient de l'application de la loi se révélaient être non raisonnables et le caractère expansif du

constitutionnels qui doivent pourtant influencer tout l'ordonnancement juridique. Outre la méconnaissance du principe d'égalité (du fait de l'établissement de restrictions supplémentaires à la liberté au regard d'un groupe de personnes), il cite la contradiction entre l'article 55-2 de la Constitution et l'insertion, par la loi organique, des délits d'apologie du terrorisme et la rébellion dans son champ d'application, l'utilisation d'une technique de classification délictueuse indéterminée et dépourvue de certitude et l'absence de garanties de la nécessaire intervention judiciaire. Le reste de sa requête se concentrait sur certains articles de la loi organique 9/1984. À l'inverse, l'autre requérant, en l'espèce le Parlement de Catalogne, avait clairement manifesté l'inconstitutionnalité de l'ensemble du texte sans toutefois fournir une argumentation en ce sens. Sa requête ne développait que l'inconstitutionnalité de certains articles. Cette différence de position illustre parfaitement, pour le Tribunal constitutionnel, la difficulté à contester, pour des motifs substantiels, la totalité d'une loi qui contient des règles si variées et complexes. L'inconstitutionnalité de la loi ne pourra être prononcée que si l'examen de certains articles conduisait à un constat d'inconstitutionnalité et si ces derniers se révélaient être indissociables du reste de la loi, ou si le reste de la loi se retrouvait vidé de sens et dans l'impossibilité d'être appliqué. Le juge constitutionnel n'a donc utilisé les arguments présentés pour soutenir l'inconstitutionnalité de toute la loi que pour étayer les griefs formulés à l'encontre de certains articles. Leur éventuelle annulation ne supposera cependant en aucun cas l'annulation du reste de la loi. Le Tribunal constitutionnel a insisté sur cet aspect et, dans une forme de redondance, a déclaré qu'il se consacrait à l'examen des griefs qui n'auraient pu conduire à l'inconstitutionnalité de l'ensemble de la loi. Les allégations d'inconstitutionnalité ont donc été examinées article par article. Le juge constitutionnel a fini par rejeter le grief général formulé par le Parlement de Catalogne. Malgré ce refus d'examiner la constitutionnalité de l'ensemble de la loi, le Tribunal constitutionnel a consenti à examiner, dans un premier temps, les griefs qui ne se rapportaient pas à des articles précis de la loi, mais qui ont été répétés à plusieurs reprises dans les requêtes et qui étaient valables pour plusieurs articles. Il se prononça tout d'abord sur la prétendue méconnaissance du principe d'égalité et sur le fait de savoir si la loi organique, qui lui était déférée, était bien une application de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, car si la loi organique venait à être bien plus qu'une simple application, le législateur aurait outrepassé l'habilitation conférée par le précepte constitutionnel.

⁴⁹⁵ Les requérants font référence, ici, aux droits reconnus respectivement aux articles 17, alinéa 3, et 24, alinéa 2, de la Constitution espagnole.

texte pouvait entraîner une mise en œuvre des dispositions à des milliers de citoyens.

Il en concluait que cette différence de traitement, dépourvue de caractère raisonnable, réservée à un groupe de citoyens, était contraire à l'article 14 de la Constitution ⁴⁹⁶.

Le Tribunal constitutionnel n'a pas suivi le raisonnement du Parlement basque et a rejeté l'argumentation en s'appuyant, une nouvelle fois, sur la volonté des constituants, exprimée à l'article 55-2 de la Constitution espagnole.

Son examen se décompose en trois temps. Il utilise la légitimité constitutionnelle de la suspension des droits fondamentaux pour appuyer le caractère raisonnable d'une différence de traitement entre les délinquants terroristes et les autres citoyens et conclure à la constitutionnalité de la rupture du principe d'égalité.

Ainsi, le Tribunal constitutionnel commence par souligner que le constituant « a introduit dans l'article 55-2 une habilitation en faveur du législateur, pour établir un régime spécifique de suspension de certains droits fondamentaux avec la finalité de faciliter les investigations relatives aux activités des bandes armées et des éléments terroristes », car il avait déjà « conscience de l'existence, en tant que problème actuel, du terrorisme et du danger qu'il implique pour la vie et l'intégrité des personnes et pour l'ordonnancement démocratique lui-même ». La portée de la déclaration est très forte, car c'est la première fois ⁴⁹⁷ que le juge constitutionnel espagnol se prononce sur le bien-fondé de l'existence de l'article 55-2 ⁴⁹⁸ de la Constitution en se faisant l'interprète de la volonté du constituant. Cela permet au Tribunal constitutionnel d'affirmer qu'au sens de la Constitution, la possibilité de suspendre les droits fondamentaux est « nécessaire pour le maintien de l'État démocratique de droit » ⁴⁹⁹.

Cette reconnaissance de la suspension des droits fondamentaux, au cœur même de la Constitution, confère une légitimité symboliquement très forte à l'action

⁴⁹⁶ L'article 14 de la Constitution espagnole est rédigé comme suit : « Les Espagnols sont égaux devant la loi ; ils ne peuvent faire l'objet d'aucune discrimination pour des raisons de naissance, de race, de sexe, de religion, d'opinion ou pour n'importe quelle autre condition ou circonstance personnelle ou sociale. »

⁴⁹⁷ La loi organique 9/1984, déférée en l'espèce au Tribunal constitutionnel, est la seconde loi organique antiterroriste. La première loi organique fut la 11/1980, qui donna lieu à la décision 25/1981. Le Tribunal constitutionnel n'avait cependant pas examiné les moyens soulevés à l'époque par le Parlement basque, car il n'est pas allé sur le fond du recours. Il s'est limité à reconnaître que le requérant n'avait pas compétence à agir, car la méconnaissance de ses compétences, alléguée au soutien de la requête, n'était pas avérée pour le Tribunal constitutionnel.

⁴⁹⁸ V. *supra*, le chapitre 1 du présent titre.

⁴⁹⁹ Le Tribunal constitutionnel appuie son raisonnement sur le droit comparé. Il ajoute ainsi que la mesure de suspension des droits fondamentaux « reflète, en outre, les expériences réalisées dans les pays européens qui sont affectés, eux aussi, par le phénomène terroriste ». *STC* 199/1987, cons. en droit n° 2.

du législateur en matière de terrorisme. Pour le Tribunal constitutionnel, cette place « démontre [...] la reconnaissance *ex Constitutione* du caractère *raisonnable* et *non arbitraire* de l'existence même de cette différence de traitement quant à l'exercice de certains droits constitutionnels, dans certaines circonstances, dès lors qu'il s'agit de faciliter les investigations relatives à un délit de particulière gravité par rapport à la vie et à l'intégrité physique des personnes et d'un délit d'une importance spéciale pour la survie de l'ordonnement démocratique constitutionnel ».

Le Tribunal constitutionnel, dans ce second temps du raisonnement, reconnaît par ces mots *l'intérêt et la limite* du mécanisme de suspension. Ce dernier sera, en effet, raisonnable et non arbitraire seulement s'il est mis en œuvre dans le cadre d'enquêtes visant à protéger des valeurs fondamentales à l'ordonnement espagnol que sont la vie, l'intégrité des personnes et la survie de l'ordonnement lui-même.

L'évidence du raisonnement permet au juge constitutionnel de préciser qu'il n'est pas « nécessaire d'argumenter plus longuement » sur le caractère raisonnable et non arbitraire de la différence de traitement, comme si cela allait de soi, en quelque sorte. La différence de situation, formalisée à l'article 55-2 de la Constitution, entre les présumés terroristes et les autres citoyens, relève donc du bon sens. Considérant que ce sont les Constituants eux-mêmes qui l'ont désirée et insérée dans le texte qui régit la société espagnole, elle ne peut être que raisonnable.

Le Tribunal constitutionnel espagnol conclut ainsi, dans un troisième temps, que c'est « la Constitution elle-même [qui] a prévu la possibilité de suspendre ces droits et [qui] a habilité le législateur pour ce faire, ainsi l'éventuelle différence de traitement qui, au regard des sujets visés, pourrait découler de cette règle légale ou de son application, est, en tant que telle, la conséquence d'une prévision constitutionnelle qui ne peut être ignorée au moment de l'interprétation de l'article 14 de la Constitution ».

Il convient donc que « l'existence de cette réglementation légale n'implique aucune violation du principe d'égalité ».

L'ensemble des dispositions législatives adoptées sur la base de l'article 55-2 de la Constitution ne peut donc être contesté au regard du principe d'égalité, puisque c'est le Constituant lui-même qui a instauré cette différence de traitement en la considérant nécessaire à la sauvegarde de valeurs supérieures.

L'apport de la constitutionnalisation des moyens de lutte contre le terrorisme est encore une fois considérable. C'est grâce à elle que le Tribunal constitutionnel peut se montrer aussi affirmatif sur le caractère raisonnable et non arbitraire des

règles dérogatoires instaurées pour combattre le terrorisme, par rapport au principe d'égalité.

Cela ne veut évidemment pas dire qu'il a rejeté tout moyen soulevé contre la législation antiterroriste, au regard de ce principe, sans en examiner la teneur. Dès lors que l'application du principe d'égalité par le législateur espagnol se réalise en dehors du cadre de l'article 55-2 de la Constitution, le Tribunal constitutionnel ne peut baser son raisonnement sur l'esprit de ce texte.

B. L'application différenciée du principe d'égalité en dehors de l'article 55-2 de la Constitution

Le Tribunal constitutionnel s'est prononcé, à une autre occasion, sur le rapport entre la législation antiterroriste et le principe d'égalité, dans la *STC* 71/1994. La saisine des requérants l'a toutefois amené à envisager le principe sous l'angle de l'égal accès aux fonctions et aux charges publiques (article 23-2 de la Constitution espagnole).

Dans ce cas d'espèce, il était question de la constitutionnalité de l'article 384*bis* de la *LECrim* tel que modifié par la loi organique 4/1988 du 25 mai, qui autorisait que toute personne faisant l'objet d'un acte ferme d'accusation et placée en détention provisoire, pour délits commis par des personnes intégrées ou en relation avec des bandes armées ou des individus terroristes ou rebelles, devait être automatiquement suspendu de ses fonctions ou charges publiques, pendant toute la durée de la détention.

Le juge constitutionnel ne pouvait s'appuyer, ici, sur la légitimité de la suspension des droits fondamentaux découlant de l'article 55-2 de la Constitution, étant donné que l'article 23-2 de ce texte n'est pas mentionné dans la liste des droits pouvant être suspendus. Cette nuance a, d'ailleurs, été soulignée par le requérant pour appuyer l'inconstitutionnalité de la disposition.

Le Tribunal constitutionnel a cependant rejeté le grief en se fondant explicitement sur la gravité des délits de terrorisme. Ce n'est, en revanche, qu'une lecture implicite de son raisonnement, qui permet de comprendre que c'est cette gravité qui justifie une nuance de traitement légitime.

Il a introduit son contrôle en soulignant que l'examen de constitutionnalité qu'il avait en charge d'effectuer exigeait de déterminer si la suspension automatique de l'exercice des charges ou fonctions publiques « implique non seulement une différence de traitement constitutionnellement légitime, mais aussi respectueuse du

contenu essentiel du droit »⁵⁰⁰. Le Tribunal constitutionnel s'est concentré sur ce deuxième aspect.

Après avoir rappelé que l'article 23-2 de la Constitution reconnaissait autant le droit d'accès que le droit de maintien dans des fonctions ou charges publiques, il précise que ce dernier ne peut connaître de restriction que si le législateur poursuit un objectif légitime et proportionné. Le juge constitutionnel espagnol précise que la mesure de suspension affecte précisément et exclusivement les accusés et les détenus soupçonnés d'être liés à une bande armée ou des individus terroristes ou rebelles, sans préjudice de l'issue de la procédure, c'est-à-dire avant l'imputation formelle et provisoire de criminalité pour des délits qui impliquent « un défi à l'essence même de l'État démocratique »⁵⁰¹.

Il poursuit ainsi : « La *menace exceptionnelle que l'activité terroriste fait peser sur l'État démocratique espagnol* justifie sans aucun doute une mesure provisoire comme celle examinée destinée à être appliquée à qui [...] a été l'objet d'un acte définitif d'accusation. Le législateur a légitimement pu considérer que l'hypothèse de l'article 384*bis* est inconciliable avec le maintien en exercice d'un accusé, pour de tels délits, et incompatible avec une permission de sortie de prison, pour poursuivre les activités inhérentes à de telles fonctions. »⁵⁰²

Pour le Tribunal constitutionnel, l'article 384*bis* prescrit une condition, négative, pour le maintien dans l'exercice de ses fonctions ou charges publiques, qui équivaut à ne pas être dans une situation de détention provisoire pour une procédure de délits pour personne intégrée ou en relation avec des bandes armées ou des individus terroristes ou rebelles, une condition, dit le juge, en définitive légitime et proportionnée, qui n'est pas contraire au contenu essentiel des droits fondamentaux de l'article 23-2 de la Constitution espagnole.

Le Tribunal constitutionnel opère de la sorte une application différenciée du principe d'égalité selon les droits fondamentaux concernés par les mesures antiterroristes, qu'ils soient énumérés ou non par l'article 55-2 de la Constitution espagnole.

Le confort indéniable qu'il tire de la légitimité constitutionnelle de la différence de traitement contraste avec une application plus *traditionnelle* du principe d'égalité par le Conseil constitutionnel.

⁵⁰⁰ *STC* 71/1994, cons. en droit n° 6.

⁵⁰¹ Le Tribunal constitutionnel reprend ici la *STC* 89/1993, cons. en droit n° 3.

⁵⁰² *STC* 71/1994, cons. en droit n° 6.

§ 2 – Une différence de traitement entre les Français de “souche” et les Français par acquisition, justifiée par l’objectif de la lutte contre le terrorisme

Le Conseil constitutionnel français ne dispose pas des mêmes textes de référence⁵⁰³ que son homologue espagnol pour légitimer, d’une manière générale, la différence de traitement instaurée par les mesures antiterroristes françaises. Le juge français doit ainsi composer avec un pouvoir législatif qui agit, contre le terrorisme, sur la base plus générale de l’article 34 de la Constitution française, et généralement, pour la réalisation de l’objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l’ordre public.⁵⁰⁴

Le principe d’égalité est examiné par le juge constitutionnel français sur la base de formules, désormais standards, très explicites sur l’étendue du pouvoir législatif en la matière. Le Conseil constitutionnel reconnaît par exemple qu’« il est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de procédure pénale en vertu de l’article 34 de la Constitution, de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s’appliquent, pourvu que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales »⁵⁰⁵ ou encore, que « le principe d’égalité ne s’oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu’il déroge à l’égalité pour des raisons d’intérêt général, pourvu que dans l’un et l’autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l’objet de la loi qui l’établit »⁵⁰⁶.

⁵⁰³ En France, la notion même d’égalité est mentionnée dans une pluralité de textes. On la retrouve dans la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen aux articles 1^{er} (égalité en général), 6 (égalité dans l’accès aux emplois publics) et 13 (égalité devant les charges publiques) ; dans le Préambule de la Constitution de 1946 aux alinéas 1^{er} (non-discrimination), 3 (égalité entre les femmes et les hommes), 11 (égalité dans la protection de la santé), 12 (égalité devant les charges résultant de calamités nationales), 13 (égalité d’accès à l’instruction), 16 (égalité avec les peuples d’Outre-mer) et 18 (égal accès aux fonctions publiques pour les peuples d’Outre-mer) ; dans la Constitution de 1958, dans le préambule (égalité avec les peuples d’Outre-mer), aux articles 1^{er} (non-discrimination), 2 (devise de la République) et 3 (égalité du suffrage).

⁵⁰⁴ Concernant l’application du principe par le Conseil constitutionnel, ce dernier a érigé le principe d’égalité en droit fondamental dans la décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Taxation d’office*, après que le Conseil d’État lui a conféré le rang de principe général du droit. Le principe d’égalité est la première norme de référence du contrôle de constitutionnalité des lois. Le juge français se réfère soit à des textes précis (parmi lesquels l’article 6 et 13 de la DDHC ou les articles 1^{er} et 3, alinéa 3, de la Constitution, on parle alors d’égalité déterminée), soit au principe d’égalité en général ou « principe constitutionnel d’égalité » (décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Conseil supérieur de l’audiovisuel*, et on parle ici d’égalité indéterminée). V. L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés...*, *op. cit.*, n° 407 et s. ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d’égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997 ; Table ronde internationale, *Les discriminations positives*, AIJC, 1997, p. 47 et s.

⁵⁰⁵ *Cons. const.* n° 86-213 DC, cons. n° 12 et 23.

⁵⁰⁶ *Cons. const.* n° 96-377 DC, cons. n° 22. Cette formule a été employée pour la première fois dans la décision du 7 janvier 1988, *Mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*. La formule a été reprise plusieurs fois et a été légèrement modifiée depuis la décision du 9 avril 1996, *Diverses dispositions d’ordre économique et financier*. Le

Dans la décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, le Conseil constitutionnel ⁵⁰⁷ a examiné la constitutionnalité de l'article 12 de la loi du 22 juillet 1996.

Cette disposition complétait l'article 25 du Code civil, afin de rendre possible la déchéance de la nationalité française pour tout individu, ayant acquis cette nationalité, qui se serait rendu coupable d'un crime ou d'un délit de terrorisme. Une telle décision doit être prise par décret ⁵⁰⁸, pris après avis conforme du Conseil d'État, et, conformément à l'article 25-1 du même code, « la déchéance n'est encourue que si les faits reprochés à l'intéressé [...] se sont produits dans le délai de dix ans à compter de la date de l'acquisition de la nationalité française », et « elle ne peut être prononcée que dans un délai de dix ans à compter de la perpétration desdits faits » ⁵⁰⁹.

Au terme d'un raisonnement quelque peu surprenant, le Conseil constitutionnel a validé cette disposition en écartant le grief de la méconnaissance du principe d'égalité.

Seuls les députés contestaient la constitutionnalité de cette nouvelle prévision au regard du principe d'égalité ⁵¹⁰. Ils défendaient que la différence de traitement entre les Français dit *de souche* et ceux naturalisés, ne saurait être justifiée et illustrerait même « une xénophobie assez tenace pour poursuivre celui qui fut étranger [...], afin que précisément il continue à se sentir différent des “Français de souche” » ⁵¹¹. La violation de l'égalité devant la loi pénale était à leur sens, « grossière », puisque « le fait que l'auteur de l'acte terroriste ait été naturalisé ou soit né français ne change strictement rien ni à la gravité de l'acte ni à la menace pour l'ordre public que ledit acte représente ». Ils précisent que ces deux catégories de citoyens se trouvent être dans la même situation, si bien que la différence de traitement, au regard de l'objet de la loi, ne pourrait être avancée sauf si ce dernier est « la discrimination xénophobe à retardement » et non pas la lutte contre le terrorisme.

Conseil constitutionnel a ajouté l'adjectif « direct » pour qualifier le rapport entre l'objet de la loi et la différence de traitement mise en œuvre.

⁵⁰⁷ En matière de législation antiterroriste, le Conseil constitutionnel a validé un certain nombre de textes qui organisaient de manière différente la garde à vue, aussi bien du point de vue de la durée que du moment de l'intervention de l'avocat et les règles de jugement des délits de terrorisme dans les décisions n° 86-213 DC, 93-344 DC et 2004-492 DC. Ces autres décisions composeront notre réflexion à différents moments, selon l'impact que nous leur attribuerons sur le contrôle de constitutionnalité.

⁵⁰⁸ La déchéance de la nationalité française est ainsi une sanction accessoire et non une peine à proprement parler, puisqu'elle n'est pas prononcée par le juge mais par une autorité administrative (TH. S. RENOUX, « France – Rapport Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, 2002, p. 241).

⁵⁰⁹ Article 25-1 du Code civil, alinéas 1 et 2. Notons que depuis la loi n° 2005-64 du 23 janvier 2006, un troisième alinéa a été inséré à cet article pour allonger les délais à quinze ans si les faits reprochés à l'intéressé sont visés au 1° de l'article 25, ce qui est le cas des actes de terrorisme.

⁵¹⁰ Les députés soulevaient également la méconnaissance du principe de nécessité des peines.

⁵¹¹ Lettre de saisine des députés, *J.O.*, 23 juillet 1996, p. 11115.

Le Gouvernement, à l'inverse, soutenait la constitutionnalité du dispositif en s'appuyant sur d'autres articles du Code civil, qui prévoyaient que toute personne condamnée pour un acte de terrorisme puisse perdre le droit d'acquérir la nationalité française ⁵¹², et sur le constat que le mécanisme de déchéance de la nationalité est « consacré de longue date par le droit positif ». Ainsi, il affirmait que l'article 12 de la loi déferée « n'apporte [...] aucune innovation au droit de la nationalité », lequel a récemment été réformé par la loi du 22 juillet 1993 soumise au Conseil constitutionnel ⁵¹³, qui n'a pas remis en cause le principe de la déchéance dans l'hypothèse de condamnation pour crime ou délit contre la sûreté de l'État ⁵¹⁴. Le Gouvernement concluait alors qu'« il n'est pas injustifié de prévoir des mesures spécifiques au regard des infractions visées à [l'article 25 du code civil], applicables aux personnes qui n'ont acquis la nationalité française que depuis moins de dix ans », car il s'agit « de tenir compte de la nature particulière de l'infraction terroriste, qui constitue par elle-même une rupture du pacte républicain » ⁵¹⁵.

L'émotion soulevée par la disposition était très vive. Le Conseil constitutionnel a pourtant fourni un raisonnement laconique sur la délicate question. Il a ainsi repris son considérant de principe pour affirmer que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit » ⁵¹⁶. Il conclut « qu'au regard du droit de la nationalité, les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance sont dans la même situation ; que, toutefois, le législateur a pu, *compte tenu de l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme*, prévoir la possibilité, pendant une durée limitée, pour l'autorité

⁵¹² Le Gouvernement, dans sa réplique, cite les articles 21-7 et 21-8 du Code civil. Aujourd'hui, de telles mesures se trouvent à l'article 21-27 du même code. *J.O.*, 23 juillet 1996, p. 11119.

⁵¹³ Loi 93-933 du 23 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité. *Cons. const.* n° 93-321 DC du 20 juillet 1993.

⁵¹⁴ Observations du Gouvernement en réponse aux saisines du Conseil constitutionnel par les parlementaires, *J.O.*, 23 juillet 1996, p. 11119. Le Gouvernement souligne que ce principe existait déjà dans l'ancien code de la nationalité et retrace rapidement l'évolution de la disposition dans des lois successives, depuis celle du 7 avril 1915 jusqu'à la plus récente du 23 juillet 1993.

⁵¹⁵ Observations du Gouvernement en réponse aux saisines du Conseil constitutionnel par les parlementaires, *J.O.*, 23 juillet 1996, p. 11119. Le Gouvernement se fondait également sur le fait que les infractions de terrorisme n'étaient pas fondamentalement différentes de celles déjà insérées à l'article 25 du Code civil, en venant s'insérer au même alinéa que les crimes ou délits constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation. Aussi, l'article 25 du code civil contenait, au moment de la saisine du Conseil constitutionnel en 1996, un alinéa qui permettait la déchéance de la nationalité française pour tous ceux s'étant rendus coupables d'un crime ayant entraîné une condamnation à cinq années au moins d'emprisonnement. Pour le Gouvernement, la nouvelle rédaction de l'article 25 ne procédait qu'à une faible extension de ce qui était déjà prévu, en permettant que les personnes coupables de crimes ou délits terroristes, punis par une peine d'emprisonnement inférieure à cinq ans, puissent aussi se voir appliquer cette peine accessoire.

⁵¹⁶ *Cons. const.* n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. 22.

administrative de déchoir de la nationalité française ceux qui l'ont acquise, sans que la différence de traitement qui en résulte viole le principe d'égalité »⁵¹⁷.

Le Conseil constitutionnel est donc resté, de prime abord, sur sa ligne de raisonnement que l'on pourrait juger *simpliste* si l'on ne pouvait y voir finalement une certaine subtilité, une timidité ou une réelle nouveauté.

La subtilité du raisonnement du juge constitutionnel ressortirait de l'ordre dans lequel il a choisi de rédiger son considérant final.

La constitutionnalité de la disposition, centrée sur l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme, intervient en effet seulement après la déclaration du principe en vertu duquel nationaux *de souche* et ceux naturalisés sont dans une situation identique. Le Conseil constitutionnel insisterait ainsi sur le fait que seule « la gravité du terrorisme permet une différence de traitement », ce qui représente « une façon de dire qu'il n'en accepterait pas d'autres »⁵¹⁸. Le Conseil constitutionnel bloquerait, implicitement, l'extension de l'article 25 du code civil pour l'avenir.

Le raisonnement du Conseil constitutionnel a aussi pu être interprété comme excessivement ou pudiquement timide⁵¹⁹, lorsqu'on suppose que le juge constitutionnel n'a pas voulu remettre en cause l'article 25 du code civil dans le cadre de l'examen d'une loi antiterroriste, alors que le contexte politique plaçait cette lutte au premier plan des priorités, avec l'aval de l'opinion publique.

En outre, l'examen de l'article 12 de la loi déferée plaçait le Conseil constitutionnel dans une situation peu confortable⁵²⁰. La distinction entre nationaux n'était pas, en effet, instaurée par cette loi, mais par l'article 25 du Code civil, qui avait été créé par la loi du 22 juillet 1993⁵²¹ incorporant le code de la nationalité au code civil, et déferée avant sa promulgation au Conseil constitutionnel. Or,

⁵¹⁷ *Cons. const.* n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. 23.

⁵¹⁸ F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel – Tome II, Jurisprudence, première partie : l'individu*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 1998, p. 114-115.

⁵¹⁹ P-E. SPITZ, « À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 sur la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme », *R.F.D.A.*, 1997, p. 547, parle de grande prudence du Conseil constitutionnel par le choix des moyens utilisés. O. SCHRAMECK minimise l'impact de la validation en précisant que l'article 25 du Code civil ne connaît qu'une application limitée. Il note que « durant les dix dernières années, neuf décrets de déchéance de la nationalité française seulement ont été pris, uniquement dans des cas où les personnes concernées avaient conservé leur nationalité d'origine ». Il pressent ainsi que la motivation du Conseil constitutionnel, qu'il juge « ferme », n'incitera pas « à une pratique plus étendue de cette législation d'exception » (cf. « Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 », *A.J.D.A.*, 1996, p. 694).

⁵²⁰ P-E. SPITZ parle même de « redoutable problème » pour la Haute juridiction (« À propos... », art. cit., p. 545).

⁵²¹ Le principe même de la déchéance de la nationalité française est ancien dans le droit français. Les principaux textes l'ayant réglementé sont la loi du 10 août 1927 et l'ordonnance du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité, puis la loi n° 73-42 du 9 janvier 1973. Enfin, la dernière en date, avant la loi déferée au Conseil constitutionnel dans la décision commentée, est la loi du 22 juillet 1993.

l'article 25 du code civil n'avait pas été explicitement critiqué par les requérants et le Conseil n'a soulevé d'office aucun grief d'inconstitutionnalité à son encontre ⁵²². Ce précédent bloquait donc le juge constitutionnel français, dans la décision du 16 juillet 1996, qui ne pouvait agir autrement qu'en validant l'insertion des crimes et délits constituant un acte de terrorisme au sein de l'article 25 du code civil, sauf à condamner l'article lui-même ⁵²³, alors qu'il n'avait pas jugé bon de le faire trois ans auparavant. Certes, une telle condamnation aurait déplacé le débat sur un autre terrain ⁵²⁴, mais elle aurait eu l'avantage d'éclaircir la position du Conseil constitutionnel.

Sans doute, au vu de cette position passée ⁵²⁵, voulant assurer une continuité jurisprudentielle, le Conseil constitutionnel choisit en l'espèce une voie médiane, en rendant une décision « qui ménage bien des choses » ⁵²⁶, ce qui révèle finalement une certaine timidité, qui interroge sur la motivation du Conseil constitutionnel ⁵²⁷.

⁵²² François LUCHAIRE souligne que le Conseil constitutionnel a censuré certaines dispositions de la loi du 22 juillet 1993 pour être inconstitutionnelles. Nonobstant, « il s'est bien gardé de dire que les autres dispositions étaient conformes à la Constitution ». Pourtant, l'auteur note qu'en d'autres occasions, le Conseil s'est parfois prononcé d'office sur d'autres discriminations, telle que celle basée sur le sexe des citoyens français, dans la décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982 sur la Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales, cons. 5 et s.. Toutefois, dans la décision n° 93-321 DC du 20 juillet 1993 sur la loi du 22 juillet 1993, le Conseil constitutionnel achève son examen en déclarant qu'il n'y avait pas lieu de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution s'agissant des autres dispositions de la loi déferée (cons. 40) (cf. « Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique », *R.D.P.*, 1996, p. 1255).

⁵²³ Ce qu'il aurait pu faire en vertu de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* du 25 janvier 1985, car l'article 12 de la loi du 22 juillet 1996 élargissait le champ d'application de l'article 25 du Code civil et pouvait, à ce titre, déclencher le contrôle d'une loi promulguée. En y décelant une contrariété avec la Constitution, le Conseil aurait pu s'opposer à la promulgation des dispositions contestées (V. TH. S. RENOUX, « Observations sous C.C. déc. n° 96-377 DC », *R.F.D.C.*, 1996, p. 819). F. LUCHAIRE lit d'ailleurs l'affirmation du Conseil constitutionnel, selon laquelle les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles cette nationalité a été attribuée à la naissance sont dans la même situation, comme une condamnation indirecte de l'article 25, qui ne permettrait de retirer la nationalité qu'à des personnes l'ayant acquise (« Le Conseil constitutionnel devant la répression... », art. cit., p. 1255).

⁵²⁴ Comme le souligne B. MATHIEU, qui s'appuie sur l'article 16 du Pacte international concernant les droits civils et politiques, ou encore l'article 15 alinéa 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, qui proclame que tout individu a droit à une nationalité, tout en précisant que ce texte n'est pas d'application directe en France (« Chronique de jurisprudence constitutionnelle – Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 », *L.P.A.*, 1996, n° 144, p. 7).

⁵²⁵ Pour P-E. SPITZ, « la position adoptée en 1993 par la Haute juridiction qui, pourtant, n'avait pas manqué de soulever d'office l'incapacité d'acquérir la nationalité française opposée à un étranger ayant fait l'objet d'un arrêté d'assignation à résidence ou de reconduite à la frontière, constituait un obstacle supplémentaire à la censure dudit article 25 du code civil » (« À propos... », art. cit., p. 547).

⁵²⁶ F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel devant la répression... », art. cit., p. 1255. P-E. SPITZ distinguait trois voies possibles pour le Conseil constitutionnel, parmi lesquelles cette voie « moyenne », qu'il a finalement empruntée (« À propos... », art. cit., p. 547).

⁵²⁷ Nous pouvons, en effet, nous interroger pour savoir si le Conseil constitutionnel français assure, dans la décision, la constitutionnalité des normes de l'ordonnancement ou sa réputation en ne voulant pas revenir sur une position passée, qui se révèle, dans le contexte du cas d'espèce, peu judicieuse. Pourtant, depuis la décision du 29 décembre 1993, le Conseil constitutionnel refuse d'accorder un brevet de constitutionnalité

Enfin, au regard de l'application du principe d'égalité, la position du Conseil constitutionnel, dans la décision n° 96-377 DC, est profondément nouvelle. Le considérant relatif au principe d'égalité – loin d'être nouveau dans la forme – est, pour la première fois, appliqué « non pas à des situations différentes – ce qui constituait jusqu'à présent la condition essentielle pour que soit admise la différence de traitement – mais à des personnes dont, par ailleurs, il est dit qu'elles sont dans la même situation »⁵²⁸.

Avant d'admettre la constitutionnalité de la disposition déferée, le Conseil constitutionnel prend soin de condamner le principe de la distinction entre les citoyens, lorsqu'il déclare « qu'au regard du droit de la nationalité, les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance sont dans la même situation »⁵²⁹. Pour F. Luchaire, « c'est bien une condamnation, encore que l'expression “au regard du droit de la nationalité” laisse un peu rêveur, car on ne voit pas au regard de quels droits ces personnes pourraient être considérées comme se trouvant dans des situations différentes en raison de l'origine d'une nationalité qui leur est commune »⁵³⁰.

Cette remarque conduit l'auteur à penser que c'est bien *la finalité de la loi* – renforcer la lutte contre le terrorisme – qui tempère la discrimination en allant jusqu'à la justifier et qui la rend conforme au principe d'égalité. Cela pourrait d'ailleurs être appuyé par la validation de la déchéance de nationalité au regard du principe de nécessité des peines, intervenant après la conformité au principe de légalité, « eu égard à la gravité toute particulière que revêtent par nature les actes de terrorisme »⁵³¹.

À l'inverse, pour Th. S. Renoux, « c'est davantage dans la nature même de la sanction, la déchéance de la nationalité française, que le fondement de la décision du

à la loi déferée dans son intégralité. Sur l'évolution du fameux *considérant balai* et les moyens et conclusions soulevés d'office (v. TH. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel...*, *op. cit.*)

⁵²⁸ C. TEITGEN-COLLY, F. JULIEN-LAFFERIERE, « Contrôle de constitutionnalité... », art. cit., p. 96. Ce qui conduit les auteurs à conclure « qu'en acceptant que des personnes placées dans la même situation soient traitées de façon différente, le Conseil constitutionnel se démarque nettement du Conseil d'État pour qui seules des personnes se trouvant dans des situations différentes peuvent être traitées différemment ». V. par exemple C.E. Sect. 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Leb., p. 274 (différence de tarifs d'un bac selon le lieu de résidence des usagers,) ou C.E 5 octobre 1984, *Commissaire de la République de l'Ariège*, Leb., p. 315 (tarif d'une cantine scolaire plus élevé pour les élèves domiciliés hors de la commune).

⁵²⁹ B. MATHIEU estime qu'il est toutefois « abusif de considérer [...] qu'au regard du droit de la nationalité les Français naturalisés et les Français de souche sont dans la même situation ». Pour cet auteur, il aurait été possible d'appliquer, en la matière, la règle selon laquelle « s'agissant d'une situation intéressant une liberté publique, le législateur ne peut la remettre en cause que si elle a été irrégulièrement acquise ou si sa remise en cause est nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel poursuivi », que l'on retrouve dans la décision n° 84-181 DC (Cf. « Chronique de jurisprudence... », art. cit., p. 7).

⁵³⁰ F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 114-115.

⁵³¹ *Cons. const.* n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. n° 23.

Conseil constitutionnel devrait être recherché »⁵³², puisqu'en l'absence de la *mort civile*, la sanction de déchéance de la nationalité ne peut, par sa nature même, viser que les personnes l'ayant acquise : « Au regard de cette sanction (mais non au regard de la nationalité) [les Français par acquisition] sont nécessairement placés dans une situation différente de celle des personnes françaises de naissance. »⁵³³

Ces divergences de points de vue expliquent que l'accueil de la décision en doctrine fut assez mitigé. Si certains auteurs ont cherché à minimiser « la distorsion entre une proclamation solennelle de l'égalité d'un côté, et l'admission d'une différence de traitement de l'autre »⁵³⁴, d'autres n'hésitent pas à la regretter⁵³⁵, même si l'article 25-1 limite dans le temps l'application de cette sanction administrative.

Pour ce dernier groupe d'auteurs, « dans d'autres occasions, le Conseil constitutionnel s'est montré plus exigeant, semblant aligner le régime des sanctions administratives sur celui des sanctions pénales »⁵³⁶. Or, en l'espèce, la décision de déchéance n'est assortie d'aucune garantie de la procédure pénale.

Cet ensemble de réflexions conduit à penser que l'impact du terrorisme a été extrêmement fort dans cette décision n° 96-377 DC du juge constitutionnel français. On mesure alors les dérives pouvant naître sur le fondement de la spécificité du phénomène terroriste⁵³⁷. Si l'on reste sur la logique du raisonnement du Conseil

⁵³² TH. S. RENOUX, « Observations... », art. cit., p. 820.

⁵³³ TH. S. RENOUX, *ibid.*, p. 820. À l'inverse, P.-E. SPITZ pense que « si l'on peut admettre sans conteste que le terrorisme est un acte particulièrement odieux et qu'il exige une répression sans faille, on peut néanmoins douter qu'elle justifie la déchéance de la nationalité d'un Français ayant acquis cette qualité alors qu'une telle peine ne sera jamais encourue par un Français de souche » (« À propos... », art. cit., p. 547).

⁵³⁴ P.-E. SPITZ, « À propos... », art. cit., p. 547.

⁵³⁵ C. TEITGEN-COLLY, F. JULIEN-LAFFERIERE, « Contrôle de constitutionnalité... », art. cit., p. 96-97. Ces auteurs regrettent notamment le risque d'apatridie résultant de la mise en œuvre de l'article 25 du code civil. Même si Olivier SCHRAMECK (« Décision... », art. cit., note n°34) souligne que jusqu'au moment de la décision, la pratique avait démontré que les seuls cas de déchéance de la nationalité avaient été prononcés pour des personnes ayant conservé une autre nationalité, les professeurs TEITGEN-COLLY et JULIEN-LAFFERIERE estiment que « la conformité d'une loi à la Constitution n'est pas fonction de l'usage qui en est fait, mais de l'usage qui peut en être fait ». Ainsi auraient-ils souhaité que le Conseil constitutionnel formule ici une réserve d'interprétation afin de ne jamais déchoir de la nationalité française une personne n'ayant pas conservé sa nationalité d'origine.

⁵³⁶ C. TEITGEN-COLLY, F. JULIEN-LAFFERIERE, « Contrôle de constitutionnalité... », art. cit., p. 96-97. Les auteurs ajoutent que « s'il existe une différence de nature entre la déchéance pour acte de terrorisme et celle que la législation de Vichy avait instituée pour tous les nouveaux naturalisés et pour les juifs – ni les uns ni les autres n'avaient commis d'infractions mettant la Nation en péril – il n'en demeure pas moins que la déchéance de la nationalité française, pour l'une quelconque des causes prévues à l'article 25 du Code civil risque de provoquer des cas d'apatridie ».

⁵³⁷ Bien qu'extérieure à la lutte contre le terrorisme, une proposition du président Nicolas Sarkozy, présentée au cours du discours de Grenoble, le 30 juillet 2010, avait pour objet de retirer la nationalité française à toute personne d'origine étrangère qui aurait volontairement porté atteinte à la vie d'un policier, d'un gendarme ou de tout autre personne dépositaire de l'autorité publique. Après un long débat à l'Assemblée nationale, un amendement en ce sens a été adopté à 75 voix contre 57, le 30 septembre 2010, ce qui a soulevé de vives critiques dans l'opposition. Mesure phare du projet de loi sur l'immigration porté par le ministre E. Besson, l'amendement a été rejeté au Sénat par 182 voix contre 156, le 3 février 2011. Il a pourtant été rétabli pour la seconde lecture du texte par l'Assemblée nationale, avant d'être finalement

constitutionnel, le législateur pourrait légitimer n'importe quelle mesure, « compte tenu de l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme », pour reprendre ses termes.

Dans une moindre mesure, qui interroge pourtant tout autant sur le poids de spécificité du terrorisme dans le raisonnement du juge constitutionnel, le Conseil constitutionnel et le Tribunal constitutionnel ont également validé de nouveaux aménagements des règles de jugements et de garde à vue en matière de terrorisme, en se fondant sur la nature et les effets de ce dernier.

§ 3 – Les nouvelles règles de jugement et de garde à vue justifiées par la nature et les effets du terrorisme

Dès les premières lois antiterroristes adoptées en Espagne et en France, la singularité du terrorisme dans le panorama du droit pénal a exigé des aménagements, validés par les juges constitutionnels, des règles de jugements (A) et de durée de la garde à vue (B).

A. Les règles de jugements adaptées au terrorisme

Dans la première loi organique espagnole 11/1980, le législateur a instauré la compétence de l'*Audienca Nacional*, afin de centraliser l'instruction, le suivi et le jugement des délits de terrorisme. Le Tribunal constitutionnel a été saisi de cette loi dans la décision 25/1981. Ce n'est pourtant que dans la décision 199/1987 qu'il a tranché la question de la constitutionnalité de la création de l'*Audienca Nacional*, en se fondant sur les caractéristiques du phénomène. Le Conseil constitutionnel a, lui aussi, validé l'instauration d'une nouvelle formation de cour d'assises pour les délits de terrorisme, en se fondant sur les effets que ce dernier produit sur les personnes.

Les deux décisions sont assez synthétiques dans leur raisonnement, si bien que la spécificité du terrorisme prend tout son sens dans la validation des dispositions législatives.

retiré par le Gouvernement, le 9 mars 2011. Le parcours de cet amendement démontre combien la déchéance de la nationalité peut être l'objet de convoitise pour certains partis politiques dans des périodes sensibles.

Le Conseil constitutionnel a admis la validité de règles spéciales de jugements pour les crimes et délits de terrorisme dans sa décision n° 86-213 DC en date du 3 septembre 1986.

L'article 1^{er} de la loi n° 86-1020 créait un nouveau Titre dans le code de procédure pénale, intitulé « Des infractions en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur », afin d'organiser, pour la première fois dans l'ordonnancement français, la lutte contre le terrorisme.

L'option d'agir sur le plan du droit pénal spécifiquement en créant une infraction de terrorisme avait été repoussée pour un temps. Ainsi la loi du 9 septembre 1986 n'organise-t-elle que des aspects procéduraux de la lutte contre le terrorisme et se contente, dans un nouvel article 706-16 du code de procédure pénale, de lister une série d'infractions, déjà réprimées par le droit pénal, qui seront soumises à un ensemble de règles d'instruction, de procédure et de jugements dérogatoires, lorsqu'elles sont « en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur »⁵³⁸.

L'article 1^{er} de la loi insérait donc un nouvel article 706-25 dans le code de procédure pénale, selon lequel, dans le cadre des procès relatifs aux infractions du nouvel article 706-16 du code de procédure pénale, « pour le jugement des accusés majeurs, la cour d'assises est composée conformément aux dispositions de l'article 698-6 », autrement dit, par une formation de jugement composée uniquement de magistrats professionnels et appliquant la règle de la majorité simple pour les décisions défavorables à l'accusé, au lieu de celle de la majorité renforcée pour ce même type de décisions, lorsque la Cour d'assises est composée de magistrats et de jurés.

Les sénateurs ont saisi le Conseil de l'examen de la constitutionnalité de cet article, car, à leur sens, la liste des crimes susceptibles d'être jugés par cette Cour d'assises nouvellement composée était, d'une part, beaucoup trop longue pour représenter une simple exception au principe du jury populaire et, d'autre part, ils considéraient comme « inconcevables » que des faits identiques puissent être jugés par des formations différentes, seulement en fonction de l'intention prêtée à leur auteur⁵³⁹. En d'autres termes, quelle que soit « la variété de leur mobile, des

⁵³⁸ Formulation désormais classique de la finalité poursuivie par le délinquant terroriste, insérée par la loi déferée à l'article 706-16 du code de procédure pénale et reprise dans le nouveau code pénal à l'article 421-1.

⁵³⁹ Les sénateurs invoquaient là le problème majeur que pose la définition du terrorisme, c'est-à-dire le fait qu'elle soit fondée, principalement, sur l'élément subjectif de l'infraction, soit l'intention de l'auteur. Ils estimaient donc que l'intention de l'auteur de l'infraction ne devait pas interférer dans la procédure de jugement de l'auteur de cette infraction. Autrement dit, un meurtre commis avec une intention terroriste

infractions définies par les mêmes éléments constitutifs doivent être jugées par les mêmes juges et selon les mêmes règles ». Ils en déduisent une violation du principe d'égalité devant la justice, qu'ils incluent dans le principe d'égalité devant la loi, proclamée par la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 ⁵⁴⁰.

Le Conseil constitutionnel s'est alors appliqué à examiner le motif justifiant la différence de traitement, puisque, comme il le rappelle, « il est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de la procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense » ⁵⁴¹.

Il identifia ainsi l'origine de la différence de traitement, établie par l'article 706-25 du code de procédure pénale, dans la volonté de « déjouer l'effet de pressions ou des menaces pouvant altérer la sérénité de la juridiction de jugement » ⁵⁴². Cela justifie, à son sens, la discrimination. Il valide donc la nouvelle composition et les nouvelles règles applicables par cette Cour d'assises, en prenant néanmoins soin de souligner que cette composition présente les garanties requises d'indépendance et d'impartialité et que les droits de la défense sont sauvegardés devant cette juridiction. La méconnaissance du principe d'égalité n'est pas fondée.

Le raisonnement du juge constitutionnel est clair, concis, et il suit la logique de l'application traditionnelle du principe d'égalité de la part de la Haute-juridiction. Cependant, il exprime une certaine neutralité face à la disposition législative. En effet, le Conseil constitutionnel s'en remet à « l'intention du législateur » pour apprécier la différence de traitement.

Le considérant est rédigé comme suit : « Considérant que la différence de traitement établie par l'article 706-25 nouveau du code de procédure pénale entre les auteurs des infractions visées par l'article 706-16 nouveau, selon que ces infractions sont ou non en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur tend, *selon*

(en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur) devait être jugé comme un meurtre commis sans cette intention. Leur grief n'était pas insensé puisqu'un des problèmes que pose l'infraction de terrorisme est, justement, l'établissement du lien entre l'infraction matérielle et l'entreprise terroriste qui agit dans un but précis. À leur sens, si le lien est établi de manière erronée, la composition spéciale de la cour d'assises s'appliquera mais de manière abusive. Cf. Lettre de saisine du Conseil constitutionnel par 60 sénateurs, *site du Conseil constitutionnel*.

⁵⁴⁰ Lettre de saisine du Conseil constitutionnel par 60 sénateurs, *site du Conseil constitutionnel* ; *Cons. const.* n° 86-213 DC du 3 septembre 1986, cons. 9 et 11.

⁵⁴¹ *Cons. const.* n° 86-213 DC, cons. 12.

⁵⁴² *Cons. const.* n° 86-213 DC, cons. 13.

*l'intention du législateur, à déjouer l'effet des pressions ou des menaces pouvant altérer la sérénité de la juridiction de jugement ; que cette différence de traitement ne procède donc pas d'une discrimination injustifiée [...]. »*⁵⁴³

Cette incise en faveur de l'intention législative « semble montrer que le Conseil constitutionnel admet la justification proposée sans pour autant prendre parti sur son bien-fondé. Cette justification étant plausible, il l'accepte, sans plus la discuter »⁵⁴⁴.

Ce n'est finalement que le constat – assez lapidaire tout de même – du respect des garanties aux justiciables par la disposition déferée qui entraîne l'approbation du Conseil sur la constitutionnalité de cette dernière.

Si l'on conçoit aisément que les limites du contrôle de constitutionnalité obligent le juge à respecter le pouvoir discrétionnaire du législateur et, en conséquence, à ne pas envahir la sphère de compétence de ce dernier en appréciant l'opportunité de la loi par exemple, la référence à l'intention du législateur laisse songeur. Difficile, en effet, de savoir si le Conseil constitutionnel approuve véritablement la justification fournie pour soutenir la disposition et renvoie à l'intention du législateur par effet de style, ou si, à l'inverse, il exprime ici une forme de résignation, voire de soumission, en constatant que, si le législateur le dit, alors il en prend acte et ne va pas contrarier la disposition en remettant en cause le motif fourni.

Selon la version choisie, le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste se redimensionne et, en l'occurrence, le contrôle du juge se réduit considérablement, dans le sens où ce dernier se borne à constater que le motif fourni par le législateur étant acceptable et les garanties étant assurées, il n'y pas lieu de censurer la disposition. La décision n° 86-213 DC offrirait, sur ce point, une forme de raisonnement *a contrario*, dans lequel le juge, au lieu de chercher si le motif de la discrimination est légitime pour valider ou censurer la disposition, constate simplement que le motif n'est pas improbable et que les garanties sont assurées pour approuver la différence de traitement.

Dans cette logique, que nous considérons malheureuse pour le contrôle de constitutionnalité, le législateur trouvera toujours *une bonne excuse* dans la spécificité

⁵⁴³ *Cons. const.* n° 86-213 DC, cons. 13. C'est nous qui soulignons.

⁵⁴⁴ F. LOLOUM, P. NGUYEN HUU, « Le Conseil constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986 », *R.S.C.*, 1987, p. 573-574.

du terrorisme et de ses effets pour justifier le traitement si particulier des droits fondamentaux dans le cadre du combat qui est mené contre lui.

D'ailleurs, si l'incise en faveur de l'intention du législateur n'apparaît que dans cette première décision française rendue sur la législation antiterroriste, elle aurait pu être insérée dans les suivantes, tant les justifications fournies par le Conseil constitutionnel à la différence de traitement sont plus affirmatives qu'explicatives.

On retrouve une concision similaire chez le Tribunal constitutionnel au sujet de la création d'une juridiction centralisée pour le traitement des affaires de terrorisme.

B. La validation constitutionnelle de la création de l'*Audiencia Nacional*

Le Tribunal constitutionnel est intervenu dans la décision 199/1987 du 26 décembre sur la constitutionnalité de la centralisation du traitement des délits de terrorisme par l'*Audiencia Nacional*. Il était interrogé par le Parlement basque, qui contestait l'article 11 de la loi organique 9/1984 pour violation des articles 24-1 et 152-1 de la Constitution et de deux articles du Statut autonome du Pays basque.

L'article 11 de la loi organique attribuait l'instruction, la procédure et le jugement des délits entrant dans le champ d'application du texte à l'*Audiencia Nacional*. Cette centralisation de l'instruction des délits de terrorisme aurait méconnu le principe de la répartition des compétences en matière judiciaire, établi aussi bien par la Constitution espagnole que par chaque statut des Communautés et, en l'occurrence, celui de la Communauté basque. Le requérant contestait ensuite le fait que cette organisation altérerait l'effectivité de la protection judiciaire et rendait « extraordinairement » difficile l'exercice du droit d'*habeas corpus*. Enfin, le requérant estimait que la centralisation rendait impossible la vérification immédiate de la légalité et des conditions de détention, compliquait l'accès de l'autorité judiciaire aux détenus et faisait perdre toute effectivité à la protection judiciaire protégée par l'article 24-1 de la Constitution espagnole ⁵⁴⁵.

Pour répondre à la saisine, le Tribunal constitutionnel s'est basé sur une ancienne position qu'il avait adoptée lors de l'examen de la première loi organique antiterroriste 11/1980. En effet, le grief relatif à la méconnaissance des dispositions du Statut de la Communauté fut rapidement évacué par le Tribunal constitutionnel, étant donné que ce dernier s'était déjà prononcé sur cette question, déjà posée par le

⁵⁴⁵ STC 199/1987, cons. en fait n° 9, §3.

même Parlement basque, dans les mêmes termes, dans la décision 25/1981 du 14 juillet 1981.

Le Tribunal constitutionnel reprend alors le contenu de sa décision et souligne que, dans la décision de 1981, il avait considéré que le caractère des délits visés par la loi organique, leur complexité et leurs liens, leur finalité destinée à perturber l'ordre constitutionnel impliquent des répartitions de compétences singulières.

Confirmant ainsi le maintien de sa jurisprudence, le Tribunal constitutionnel développe sa position.

Ainsi, il précise que si la Constitution espagnole interdit la création de juges exceptionnels, elle permet au législateur de répartir les compétences, conformément aux intérêts de la justice et en tenant compte des expériences de l'histoire espagnole et des expériences étrangères. « En toute logique », poursuit-il, « le législateur étatique doit également prendre en considération et respecter la structure autonome de l'État espagnol lorsqu'il met en place la carte judiciaire et la reconnaissance constitutionnelle de l'existence des Tribunaux Supérieurs de Justice (*Tribunales Superiores de Justicia*) ».

Il ajoute alors, comme il l'avait fait dans la décision 25/1981, que les « actes qui, en raison de leur nature, de la matière sur laquelle ils portent, par l'ampleur du cadre territorial sur lequel ils se produisent et par leur importance sur l'ensemble de la société, peuvent *raisonnablement* expliquer que le législateur confie l'instruction et le jugement de ces derniers à un organe judiciaire centralisé, sans que cela porte atteinte à l'article 152-1 de la Constitution, aux principes statutaires des Communautés autonomes, et à l'article 24, alinéa 2, de la Constitution »⁵⁴⁶.

Il achève son raisonnement en s'appuyant sur le rapport de la Commission européenne des droits de l'Homme, dans l'affaire *Barbera et autres*⁵⁴⁷, qui a reconnu que « l'*Audiencia Nacional* est un tribunal ordinaire, institué par un décret-loi royal et composé de juges nommés par le Conseil général de l'ordre judiciaire ». Dès lors, les magistrats spécialisés et l'*Audiencia Nacional* sont, organiquement et fonctionnellement, de par leur composition et leur mode de désignation, des organes judiciaires « ordinaires ».

Le grief relatif à l'altération de la protection judiciaire en raison de la centralisation de l'instruction et du jugement des délits de terrorisme a également été rejeté par le Tribunal constitutionnel. Sans revenir toutefois sur la nature des délits

⁵⁴⁶ *STC* 199/1987, cons. en fait n° 6.

⁵⁴⁷ *Com. EDH*, 16 octobre 1986.

de terrorisme, il a déclaré que « l'obligation du législateur de protéger au mieux l'effectivité de la protection judiciaire n'empêche pas, cependant, que sa liberté de choix lui permette de prévoir, en fonction d'autres valeurs constitutionnelles, une centralisation de l'organe judiciaire en matière d'instruction et de détention, étant toujours évident qu'en prévoyant cette organisation, il ne porte pas gravement atteinte à l'effectivité judiciaire »⁵⁴⁸.

Ce nouveau pan de règles a été aménagé pour s'adapter au terrorisme, à ses manifestations et aux difficultés qu'il soulève en terme d'organisation judiciaire.

Les législateurs ont, sans doute, tiré les enseignements de l'expérience italienne en la matière. En effet, les premiers grands procès terroristes en Italie, de la fin des années 1970, ont mis à jour la stratégie des accusés, détenus ou en liberté, visant à empêcher l'ouverture des procès. Les présumés terroristes agissaient sur deux plans : d'une part, ils empêchaient l'exercice régulier de la défense en refusant systématiquement leur avocat désigné d'office ; d'autre part, pour retarder la constitution des jurys, ils menaçaient et intimidaient les jurés populaires des Cours d'assises⁵⁴⁹. Le Gouvernement italien réagit en modifiant plusieurs règles de fonctionnement des Cours d'assises concernant le tirage au sort des noms des jurys populaires, la formation du collège et la désignation de juges suppléants, et ce, afin d'anéantir les pressions intimidantes des terroristes⁵⁵⁰.

On voit bien là l'ampleur de l'impact du terrorisme sur la société que tente de prendre en compte le législateur, au sein d'un texte, qui opère une conciliation finalement évidente si l'on retient la formulation laconique du Tribunal constitutionnel espagnol et le renvoi à l'intention du législateur du Conseil constitutionnel français.

Ce dernier s'est également montré assez *audacieux* en se prononçant sur la légitimité de la prolongation des délais de garde à vue, alors que cela ne lui était pas demandé par les requérants.

⁵⁴⁸ STC 199/1987, cons. en fait n° 6.

⁵⁴⁹ La première idée du Gouvernement italien fut de régler la question du refus des défenseurs dans le cadre général de l'autodéfense ; le décret-loi n° 151 du 30 avril 1977 (converti par la loi n° 296 du 7 juin 1977) fut finalement adopté après la tragique mort du président de l'ordre des avocats, qui avait été désigné d'office comme avocat de la défense des chefs des Brigades rouges. Il avait pour principale disposition la suspension de la durée de détention préventive durant la période au cours de laquelle le débat est suspendu ou renvoyé « pour cause de force majeure qui empêche la formation des jurys ou l'exercice de la défense », afin d'anéantir l'objectif des terroristes qui était de laisser les délais s'écouler afin de pouvoir bénéficier, à leur expiration, d'une mise en liberté automatique.

⁵⁵⁰ V. le décret-loi n° 31 du 14 février 1978 (converti par la loi n° 74 du 24 mars 1978). Pour plus de détails et, notamment, sur la réforme pénitentiaire, V. GREVI, « Sistema penale e leggi dell'*emergenza*... », art. cit., p. 30. et s.

B. La prolongation de la durée de garde à vue légitimée par le Conseil constitutionnel français

La légitimité de la prolongation de la garde à vue pour tout citoyen présumé avoir accompli, ou soupçonné de projeter, un crime ou délit de terrorisme a été reconnue par le Conseil constitutionnel dès sa première décision, n° 86-213 DC du 3 septembre 1986, sur la législation antiterroriste.

Les sénateurs requérants ont soumis à l'examen du Conseil constitutionnel, l'article 706-23 nouveau du code de procédure pénale, tel qu'issu de l'article 1^{er} de la loi du 9 septembre 1986. Ils considéraient que ces dispositions violaient le principe constitutionnel de liberté individuelle, en raison de l'absence de prévision d'un examen médical quotidien et de la présentation physique du gardé à vue à un magistrat du siège, elle-même quotidienne, dans l'éventualité d'une prolongation de 48 heures de la mesure privative de liberté. Cette insuffisance de garanties représentait, à leurs yeux, une grave inconstitutionnalité et ils regrettaient que la prévision initiale de ces garanties ait été supprimée sur l'initiative du Sénat.

La formulation du grief à l'encontre de l'article 706-23 du code de procédure pénale est intéressante, car les sénateurs ne contestaient pas le principe même de la prolongation de la garde à vue, mais uniquement les garanties qui devaient l'entourer. Il faut peut-être voir, dans cette formulation du grief, l'évidente nécessité de cette prolongation.

La disposition déferée prévoyait, à son premier alinéa, une prolongation de 48 heures supplémentaires de la garde à vue si les nécessités de l'enquête ou de l'instruction relatives à l'une des infractions de terrorisme, citées à l'article 706-16 du code de procédure pénale, l'exigeaient. Le second alinéa soumettait l'autorisation de la prolongation « soit à la requête du procureur de la République, par le président du tribunal dans le ressort duquel la garde à vue s'exerce ou le juge délégué par lui, soit dans les cas prévus par les articles 72 et 154 par le juge d'instruction ». Les deux derniers alinéas, enfin, précisaient que « l'intéressé doit être présenté à l'autorité qui statue sur la prolongation préalablement à sa décision », et « dans le cas où la prolongation est décidée, un examen médical est de droit. Le procureur de la République ou, dans les cas prévus par les articles 72 et 154, le juge d'instruction est compétent pour désigner le médecin chargé de cet examen »⁵⁵¹.

Tout en répondant au grief des requérants, le Conseil constitutionnel est allé plus loin en validant le principe même d'une prolongation de la garde à vue dans le

⁵⁵¹ *Cons. const.* n° 86-213 DC du 3 septembre 1986, cons. n° 15.

cadre des enquêtes portant sur des actes de terrorisme, alors que cela ne lui était pas demandé ⁵⁵².

Ainsi, il reprend les prescriptions de l'article 706-23 du code de procédure pénale, afin de souligner que les garanties prévues par le législateur sont, d'une part, suffisantes et, d'autre part, « s'ajoutent aux garanties résultant des règles de portée générale du code de procédure pénale qui ont pour effet de placer sous le contrôle du procureur de la République la garde à vue ou qui exigent, conformément au dernier alinéa de l'article 64, un examen médical passé vingt-quatre heures si l'intéressé en fait la demande ».

Il profite donc du raisonnement sur les garanties entourant la prolongation de la garde à vue pour convenir de la nécessité de cette dernière pour des « enquêtes portant *sur des infractions déterminées* appelant, en raison de leur rapport avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, *des recherches particulières* » ⁵⁵³. La spécificité des infractions de terrorisme, et plus précisément, la finalité de ces infractions, légitime ainsi une mesure privative de liberté plus longue, afin de ne pas mettre en péril l'avancement des enquêtes ou de l'instruction.

La validation par le juge constitutionnel français de l'emprise du terrorisme sur le champ de la liberté individuelle, globalement, de la sûreté, plus spécialement, dès la première décision sur la législation antiterroriste, résonne comme une tolérance générale à l'encontre du régime dérogatoire mis en place pour lutter contre un phénomène dangereux pour l'État, même s'il est évident, parce que les garanties énoncées formaient un *tout*, que le juge constitutionnel rejette le grief précis des sénateurs ⁵⁵⁴.

La lecture de ces premières validations constitutionnelles des règles dérogatoires antiterroristes permet de souligner une attitude partagée par les juges constitutionnels français et espagnol qui consiste à intégrer la singularité du terrorisme, sans la discuter.

Les spécificités du terrorisme vont peser, à la fois, sur l'application du principe d'égalité par le législateur et sur la lecture que va faire le juge constitutionnel de la disposition soumise à son examen. Le principe d'égalité est ainsi décliné sous une *autre* forme pour se concilier avec le fait de terrorisme. La nature même du principe impose que des aménagements lui soient apportés. Ces

⁵⁵² F. LOLOUM, P. NGUYEN HUU, « Le Conseil constitutionnel et les réformes... », art. cit., p. 571.

⁵⁵³ *Cons. const.* n° 86-213 DC, cons. n° 17. C'est nous qui soulignons.

⁵⁵⁴ F. LOLOUM, P. NGUYEN HUU, *Ibid.* p. 573.

derniers sont alors examinés par les juges constitutionnels, qui vérifient que le législateur a justifié convenablement la création de règles différentes. Chaque juge a développé une jurisprudence spécifique en la matière, qui trouve une expression commune dans le principe que les situations identiques doivent être soumises au même traitement, seule la différence de situation justifiant la différence de traitement dès lors que cette différence se fonde sur des critères exclusivement *objectifs*.

Les caractéristiques du phénomène terroriste constituent donc un excellent motif pour déclarer une situation *suffisamment différente* et prévoir, en conséquence, un traitement *différent*. Les législateurs peuvent ainsi se reposer sur l'originalité du phénomène, la nébuleuse qui entoure aussi bien ses manifestations que ses objectifs et sa définition même. La gravité et le danger qui le symbolise achèvent ensuite de motiver quelques flexions du principe d'égalité. L'impact du terrorisme fait que la norme législative est naturellement justifiée, de sorte que l'appréciation du juge constitutionnel s'en trouve, en contrepartie, conditionnée. La jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière d'égalité est désormais établie et stable, depuis suffisamment de temps, pour qu'il puisse se permettre une certaine souplesse dans la confrontation des dispositions antiterroristes avec ce principe. Ainsi, ne pouvant se montrer aussi catégorique que le Tribunal constitutionnel espagnol, en l'absence de fondement constitutionnel à la lutte contre le terrorisme, le juge constitutionnel français doit s'efforcer d'exposer son raisonnement, désormais classique, du principe d'égalité pour illustrer l'examen des dispositions contestées sur ce point. Néanmoins, il ne s'appesantit pas et règle, de manière finalement expéditive, les questions de différence de traitement.

Il ne faut pas voir dans cette attitude du juge français une forme de légèreté ou de négligence, mais, plutôt, une conséquence de la légitimité que l'action législative tire de la lutte contre le terrorisme. La même tendance se dégage lorsque le législateur prévoit de faire face à l'urgence inhérente au phénomène.

Section 2 : La limitation des droits fondamentaux justifiée par l'urgence inhérente au terrorisme

La limitation de l'exercice de certains droits fondamentaux est parfois légitimée par un autre motif inhérent au contexte particulier que crée, dans chaque État, le terrorisme. Ce dernier implique en effet que les pouvoirs publics adoptent une réponse qui, en plus d'être efficace, doit être rapide.

L'urgence a toujours été prise en compte par les juridictions constitutionnelles, afin d'apprécier l'intensité de l'atteinte législative aux droits fondamentaux. S'insérant, alors, parmi les paramètres du contrôle de constitutionnalité des dispositions antiterroristes, elle a participé à leur validation par les juges constitutionnels.

L'urgence joue ainsi un rôle singulier dans l'appréciation des aménagements des droits fondamentaux par les différents juges constitutionnels. Selon les ordonnancements, elle n'a pas revêtu la même forme (§ 1). Elle produit, en revanche, un effet uniforme (§ 2).

§ 1 – La diversité des formes de l'urgence

Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, Gouvernements et Parlements doivent faire face à diverses acceptions de la notion d'urgence. Ils peuvent, par exemple, avoir à affronter une crise grave née de l'activité terroriste intense et devant être gérée au plus vite ou, à l'inverse, être poussés, de par la manifestation incertaine du terrorisme, à envisager une précipitation de l'action des forces de police, hypothétique au moment où ils débattent, mais fort probable dans la réalité plus ou moins lointaine. La Cour constitutionnelle italienne a ainsi eu à apprécier, dans l'arrêt n° 15 de 1982, la première catégorie à travers la législation d'*emergenza* (A), alors que le Conseil constitutionnel français et le Tribunal constitutionnel espagnol ont examiné des dispositions antiterroristes qui ne prenaient en compte que la seconde (B).

A. L'urgence concrète affrontée par les institutions italiennes

Dans la décision n° 15 de 1982, la Cour constitutionnelle s'est, pour la première fois, prononcée sur la législation antiterroriste adoptée durant les années *de plomb*. Cette période, qui a débuté à la fin des années 1970, a été l'une des plus sombres que le pays a connues. Elle a été marquée législativement par l'adoption d'une série de textes, assez variés quant à leur contenu, qui venait s'ajouter au corpus normatif répressif déjà très fourni. En effet, face à la crise qui s'installait dans le pays et envahissait tous les secteurs de la vie citoyenne et tous les milieux, la réaction politique s'est illustrée par la volonté de frapper symboliquement fort, sur le

plan général de la lutte contre toutes les formes de criminalité dans un premier temps, sur le plan plus spécifique du terrorisme ensuite ⁵⁵⁵.

L'impuissance des textes adoptés à résorber la période de tension, qui avait même tendance à s'aggraver, a poussé le législateur italien à trouver rapidement les moyens de traiter cette crise qui devenait quotidienne et qui commençait à paralyser le pays tout entier. Ainsi, les lois adoptées à cette époque ont reçu le qualificatif de *legge d'emergenza* en raison de l'urgence qu'elles devaient pallier.

L'arrêt n° 15 de 1982 de la Cour constitutionnelle vient donc s'inscrire dans ce contexte sensible. La disposition qu'il lui était demandé d'examiner était issue d'un décret-loi dont la logique globale transpirait une forte sévérité. La Cour n'a pu, dès lors, procéder au contrôle de la constitutionnalité de la disposition sans qualifier juridiquement la situation factuelle qui l'avait inspirée.

La disposition, dont la constitutionnalité était contestée par le juge *a quo*, était l'article 10 du décret-loi n° 625 du 15 décembre 1979, *Mesures urgentes pour la protection de l'ordre démocratique et la sécurité publique*, tel que converti par la loi n° 15 du 6 février 1980 (ci-après décret-loi n° 625/1979).

Bien que durant les années de plomb, de nombreuses lois avaient durci les règles dans les domaines du droit pénal, de la procédure pénale, du régime carcéral et des pouvoirs de polices, afin de lutter contre la vague de criminalité qui s'abattait sur le pays, le décret-loi n° 625/1979 représenta, au moment de son adoption, la mesure législative la plus importante concernant la gestion du terrorisme. Le texte entra en vigueur à un moment de quasi-désespoir, car si le législateur italien affrontait déjà depuis plusieurs années une situation d'urgence, plus ou moins latente, chaque nouvel attentat ravivait la nécessité de combattre le terrorisme. Ce n'était d'ailleurs plus tant le terrorisme qui devenait préoccupant, mais plutôt l'incapacité des pouvoirs publics à enrayer la succession malheureuse des manifestations terroristes et à les éradiquer sur le long terme.

La manière avec laquelle les partis politiques italiens ont affronté le phénomène terroriste a été discutée en raison de son ambiguïté. La volonté politique de s'unir dans cette lutte, pour ne pas créer de plus grandes distorsions au sein de l'opinion publique, et surtout la volonté de ne pas aggraver le conflit avec les brigades rouges et noires s'est concrétisée, sur le plan législatif, par l'adoption de mesures qui, sous l'apparence de lois approuvées dans le plein respect de la Constitution, en ont, en réalité, considérablement réduit la portée ⁵⁵⁶. Le décret-loi

⁵⁵⁵ V., notamment, la loi du 22 mai 1975, n° 152 ; le décret-loi n° 59 du 21 mars 1978 converti par la loi n° 191 du 18 mai 1978.

⁵⁵⁶ A. PACE, « Stato di *emergenza* e sospensione della Costituzione », *Il Tempo*, 13 janvier 1980, p. 20.

n° 625/1979 évoqua l'idée d'une véritable *militarisation* des réponses de l'État contre le terrorisme ⁵⁵⁷.

Ce texte introduisait dans l'ordonnancement italien de nouvelles figures délictuelles spécifiques ⁵⁵⁸, sévèrement punies, parmi lesquelles on trouve l'association à des fins de terrorisme ou de subversion de l'ordre démocratique ⁵⁵⁹, ou les atteintes à la vie ou à la sécurité des personnes à des fins terroristes ou de subversion de l'ordre démocratique ⁵⁶⁰. Il conceptualisait aussi l'action, à des fins de terrorisme ou de subversion de l'ordre démocratique, comme une circonstance aggravante et prévoyait, en conséquence, l'augmentation de la peine de moitié ⁵⁶¹.

Sur le plan de la procédure pénale, la sévérité était aussi le mot d'ordre. Ainsi, la liberté provisoire ne pouvait être concédée lorsque la peine prévue pour les délits commis était supérieure à quatre années ⁵⁶². De même, le délai maximum de détention préventive avant la décision définitive de condamnation était augmenté d'un tiers, ce qui permettait une privation de liberté pouvant aller jusqu'à dix ans et huit mois, en vertu de l'article 10 du décret-loi n° 625/1979, sur lequel nous reviendrons.

Les pouvoirs de la police étaient, eux aussi, élargis, dans le cadre des enquêtes sur cette catégorie précise de délits commis à des fins terroristes ou de subversion de l'ordre démocratique. Toute personne suspectée d'être sur le point de commettre un délit de terrorisme pouvait être arrêtée, les interrogatoires des personnes arrêtées

⁵⁵⁷ G. NEPPI MODONA, « La giurisprudenza costituzionale italiana in tema di leggi di emergenza contro il terrorismo, la mafia e la criminalità organizzata », in T. GROPPI (dir.), *Democrazia e terrorismo*, Lezioni volterrane, vol. I., Naples, Editoriale Scientifica, 2006, p. 84.

⁵⁵⁸ Le décret-loi n° 59 du 21 mars 1978, converti par la loi n° 191 du 18 mai 1978, avait déjà introduit le délit de séquestration de personne à des fins de terrorisme ou de subversion de l'ordre démocratique à l'article 289^{bis} du code pénal. Cette mesure faisait suite à l'émotion suscitée par l'enlèvement et le meurtre d'Aldo Moro par une cellule des Brigades rouges, et dont le corps avait été retrouvé quelques jours avant l'adoption du décret-loi dans une voiture en plein cœur de Rome, *via Fanni*.

⁵⁵⁹ Article 3 du décret-loi n° 625 du 15/12/1979, converti par la loi n° 15 du 6/02/1980, qui introduit l'article 270^{bis} dans le code pénal. Ce dernier verra sa rédaction modifiée par le décret-loi n° 274 du 18 octobre 2001, converti par la loi n° 438 du 15 décembre 2001, afin d'étendre l'application de cette disposition au terrorisme international. Il faut également souligner que l'article 11 de la loi n° 304 du 29 mai 1982 rectifia la terminologie de l'expression « subversion de l'ordre démocratique », afin que celle-ci soit entendue comme « subversion de l'ordre constitutionnel ».

⁵⁶⁰ Article 2 du décret-loi n° 625 du 15/12/1979, converti par la loi n° 15 du 6/02/1980, qui introduit l'article 280 dans le code pénal.

⁵⁶¹ Article 1^{er} du décret-loi n° 625 du 15/12/1979, converti par la loi n° 15 du 6/02/1980. Dès lors que cette circonstance aggravante avait lieu d'être appliquée, le texte excluait qu'une éventuelle circonstance atténuante soit retenue équivalente ou prévalant sur celle-ci. En contrepartie, le décret-loi introduisait un certain nombre de mesures destinées à *adoucir* la peine, lorsque la personne collaborait avec la justice et aidait la police ou l'autorité judiciaire dans la recherche de preuves pour individualiser ou arrêter les coupables ou empêchait volontairement qu'un délit ne soit commis en fournissant des preuves déterminantes pour retracer les faits et arrêter les coupables. V. les articles 4 et 5 du décret-loi.

⁵⁶² Article 8 du décret-loi n° 625/1979, converti par la loi n° 15/1980.

pouvaient se dérouler sans la présence d'un avocat, les agents de police pouvaient aussi procéder à des écoutes téléphoniques préventives, à des perquisitions domiciliaires d'immeubles entiers, voire de plusieurs immeubles, dès lors qu'ils avaient des motifs légitimes de croire que les personnes recherchées s'y étaient réfugiées ⁵⁶³.

En adoptant de telles mesures, le Gouvernement avouait ouvertement agir pour « élever la capacité de riposte de l'ordonnancement à la provocation et à la destruction de la délinquance et de la subversion » ⁵⁶⁴, dans une période où les manifestations de recrudescence des attaques terroristes se faisaient toujours plus intenses.

C'est par le biais de l'article 10 du décret-loi n° 625/1979 que la Cour constitutionnelle a pu se prononcer sur la législation d'*emergenza*, dans l'arrêt n° 15 de 1982. Cet article augmentait le délai de détention préventive d'un tiers, par rapport à ceux prévus à l'article 272 du code de procédure pénale en vigueur en 1979. Cette prévision faisait déjà écrire à la doctrine que l'on avait, par cette mesure, « encore une fois réduit le potentiel de garantie (déjà largement compromis) inhérent au mécanisme de libération à l'expiration des délais » ⁵⁶⁵ et ce, d'autant plus que la prévision de la disposition devait se lire avec celles des autres mesures antiterroristes, prévues notamment aux articles 1^{er} et 8 du décret-loi.

Dans cette optique, une détention préventive qui ne pouvait durer plus de huit mois (pour la commission d'un délit puni, par l'article 635, alinéa 2 du code pénal de l'époque, par la réclusion de 6 mois à trois ans par exemple) pouvait, après l'entrée en vigueur du décret-loi n° 625/1979 et l'application combinée des articles 1^{er}, 8 et 10 du texte, durer, en théorie, cinq ans et quatre mois, sans que la condamnation définitive ne soit prononcée (et qui pouvait être une décision d'acquiescement) ⁵⁶⁶. Les craintes de voir alors des détentions préventives durer – voire dépasser – le temps de la peine que l'accusé pourrait se voir infliger, après reconnaissance de sa culpabilité, devenaient concrètes ⁵⁶⁷. Dans ces hypothèses, « la détermination préalable des délais de détention *ante iudicium* se trouvait dénuée de

⁵⁶³ Pour l'ensemble de ces mesures, voir les articles 6 et 9 du décret-loi n° 625/1979. Soulignons que l'article 6 n'introduisait aucune modification dans les codes. Il était d'ailleurs la seule disposition pour laquelle une durée d'application d'une année, à compter de l'entrée en vigueur du décret-loi, était prévue. Il resta en vigueur jusqu'au 31 décembre 1981.

⁵⁶⁴ D'après les termes de la relation gouvernementale au décret-loi. V. M. CHIAVARIO, « Commento alla legge 6/2/1980, n. 15... », art. cit., p. 26.

⁵⁶⁵ E. MARZADURL, « Commento al articolo 10 », in M. CHIAVARIO, « Commento alla legge 6/2/1980, n. 15... », art. cit., p. 94.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 95-96. L'auteur fournit d'autres exemples de prorogation du délai de détention préventive et livre son sentiment d'inconstitutionnalité de la disposition, voir spéc. p. 95 et note 3.

⁵⁶⁷ MAGISTRATURA DEMOCRATICA, « Osservazioni sul decreto legge 15 dicembre 1979 n. 625 concernente misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica », *Foro it.*, 1980, V, p. 98.

sens au regard de la finalité historique et constitutionnelle qui lui était attribuée, en vertu de laquelle il ne faut sacrifier, au-delà d'un certain temps, la liberté d'un individu éventuellement innocent »⁵⁶⁸.

En dehors de ces hypothèses inquiétantes, lorsque l'on se trouve face à des délais qui ne dépasseront pas l'éventuelle peine définitive, l'actuelle réglementation de la mise en liberté automatique (*scarcerazione automatica*) se révèle totalement inacceptable, au point que l'on puisse parler ici « d'un "excès" de pouvoir législatif par rapport à la disposition de l'article 13, dernier alinéa de la Constitution »⁵⁶⁹, qui impose à la loi de fixer les limites maximales de la détention préventive.

La Cour constitutionnelle a eu l'occasion de préciser comment les limites de la durée de la détention de l'accusé devaient être, en toute occasion *raisonnables*. On ne peut dès lors négliger, pour évaluer cette *raisonnabilité*, le fait qu'une Constitution qui a proclamé l'inviolabilité de la liberté personnelle et qui considère l'accusé non coupable jusqu'à la décision de condamnation définitive, a sûrement « entendu éviter que le sacrifice de la liberté [...] soit entièrement subordonné au déroulement de la procédure »⁵⁷⁰.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne n'est cependant pas applicable pour examiner l'augmentation des délais opérée par l'article 10 du décret-loi. Le besoin de prolonger la durée de la détention préventive, en oubliant complètement le fait que ces délais visent, en premier lieu, la durée de détention d'un individu qui doit être considéré *non coupable*, a été motivé par le constat que les délais prévus à l'article 272 du code de procédure pénale en vigueur alors – eux-mêmes jugés intolérables – ne suffisaient pas pour les vérifications liées à certaine procédure. C'est cela qui a motivé le Gouvernement à allonger les délais de détention pour les délits à finalité terroriste ou de subversion de l'ordre démocratique⁵⁷¹, illustrant ainsi une « bureaucratie indifférente aux valeurs constitutionnelles »⁵⁷². L'objectif de la loi, ainsi conçu, a énormément influencé la position de la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n° 15 de 1982, comme nous le constaterons.

Pour la doctrine, cette attitude est assez significative d'un législateur qui continue d'assumer l'existant comme une donnée non modifiable sur le court terme,

⁵⁶⁸ E. MARZADURI, « Commento al articolo 10 », in M. CHIAVARIO, « Commento alla legge 6/2/1980, n. 15... », art. cit., p. 96.

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ E. MARZADURI, « Commento al articolo 10 », in M. CHIAVARIO, « Commento alla legge 6/2/1980, n. 15... », art. cit., p. 97. Il cite ici *Cour const.*, n° 64 de 1970, *Giur. cost.*, 1970, p. 683 et n° 26 de 1964 ; G. AMATO, « Commentario all'art. 13 », in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione. Rapporti civili Art. 13-20*, Bologne, Rome, Zanichelli, Il Foro italiano, 1977, p. 26.

⁵⁷¹ E. MARZADURI, *ibid.*

⁵⁷² MAGISTRATURA DEMOCRATICA, « Osservazioni sul decreto legge... », art. cit., p. 99.

plutôt que de s'engager dans la voie d'une réforme, afin d'assurer une nouvelle crédibilité à l'administration de la justice ⁵⁷³.

L'article 10 du décret-loi n° 625/1979 pouvait donc aisément soulever quelques perplexités quant à sa logique intrinsèque.

Dans ce contexte, il était difficile, voire concrètement impossible, pour la Cour constitutionnelle italienne d'occulter une analyse de l'environnement législatif *emergenziale*, afin d'apprécier la constitutionnalité de la disposition.

L'*emergenza* se présentait à la *Consulta* sous deux angles : d'une part, la Cour savait combien la disposition dont elle devait examiner la constitutionnalité s'insérait dans un texte qui a été motivé et adopté dans un contexte d'*emergenza* nationale qui lui préexistait ; d'autre part, la Cour a rendu sa décision deux ans après la conversion du décret-loi, alors que l'*emergenza* n'avait pas encore totalement disparu.

La Cour constitutionnelle a ainsi reconnu la réalité de la situation d'*emergenza* dans l'arrêt n° 15 de 1982, en des termes très explicites.

Elle a effectivement admis qu'un ordonnancement « dans lequel le terrorisme sème la mort – à travers l'impitoyable assassinat “d'otages” innocents – et des destructions, provoquant l'insécurité et, par conséquent, l'exigence de confier la protection de la vie et des biens à des groupes armés et à la police privée, se trouve dans un état d'*emergenza* » ⁵⁷⁴.

Ainsi décrite, la situation d'*emergenza* allait guider le raisonnement du juge constitutionnel italien en raison de son impact concret sur l'ordonnancement. Elle se distingue très nettement de l'urgence abstraite que vont devoir examiner les juges constitutionnels espagnols et français.

B. L'urgence potentielle envisagée par les dispositions législatives française et espagnole

Les juges constitutionnels espagnols et français n'ont pas eu à se prononcer sur une situation d'urgence similaire à l'*emergenza* des années *de plomb* italiennes dans le cadre de l'examen de constitutionnalité des lois antiterroristes. Les normes qui leur ont été soumises n'ont pas été adoptées dans un contexte aussi pressant d'urgence. Il serait pourtant inexact de croire que l'urgence ne dictait pas l'action des

⁵⁷³ MAGISTRATURA DEMOCRATICA, « Osservazioni sul decreto legge... », art. cit., p. 100. V. aussi D. PULITANO, « Le misure del governo per l'ordine pubblico », *Dem. dir.*, 1980, p. 27.

⁵⁷⁴ *Cour const.* n° 15 de 1982, cons. en droit n° 7.

législateurs français et espagnol. En effet, l'urgence est toujours une donnée importante dans la réflexion engagée par les États sur la lutte contre le terrorisme. Ce dernier étant si pernicieux et protéiforme, qu'une action rapide est toujours nécessaire.

L'urgence prévue à l'article 10 de la loi française du 22 juillet 1996⁵⁷⁵ et aux articles 16 et 17, alinéa 2, de la loi organique espagnole du 26 décembre 1984⁵⁷⁶ est une urgence présumée, comme étant susceptible de se présenter dans le cadre des enquêtes terroristes, une urgence que les forces de police pourraient avoir à gérer dans leurs activités de recherche sur les attentats terroristes et les activités des groupes qui les sous-tendent.

Les deux juges constitutionnels se livrent, d'ailleurs, à un contrôle abstrait de ces dispositions législatives : le Conseil constitutionnel français, sans surprise, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois, seul applicable jusqu'à récemment ; le Tribunal constitutionnel espagnol à la suite d'un recours en inconstitutionnalité formé par le Parlement des Communautés autonomes basque et catalane.

Les dispositions française et espagnole autorisaient une invasion plus profonde de la sphère privée des individus au terme d'une conciliation du principe d'inviolabilité du domicile et du secret des correspondances avec les impératifs de la lutte contre le terrorisme. Les griefs formulés à leur encontre se distinguaient néanmoins en raison du fondement de l'action de chacun des législateurs.

L'article 10 de la loi du 22 juillet 1996 complétait l'article 706-24 du code de procédure pénale, afin de permettre les visites, perquisitions et saisies en dehors des heures prévues par l'article 59 du même code. À l'origine, le texte adopté par le Parlement avait pour objectif d'autoriser les perquisitions de nuit dans un cadre assez large qui englobait les phases d'enquête, de flagrance et préliminaires, et d'instruction sur les délits de terrorisme⁵⁷⁷.

En vertu du code de procédure pénale français, les perquisitions et visites domiciliaires, ainsi que les saisies de pièces et de documents ne peuvent avoir lieu la

⁵⁷⁵ Loi n° 96-647 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, *J.O.*, 23 juillet 1996, p. 11104.

⁵⁷⁶ Loi organique 9/1984 contre l'activité des bandes armées et éléments terroristes et d'application de l'article 55-2 de la Constitution espagnole.

⁵⁷⁷ Le Conseil constitutionnel a cependant censuré une partie de la disposition qui lui était déférée pour ne retenir, comme conformes à la Constitution, que les seules dispositions autorisant les perquisitions de nuit dans les cas exclusifs de flagrance. Pour un examen de la censure du juge constitutionnel, voir *infra* seconde partie.

nuît, soit entre 21 heures et 6 heures du matin. Cette interdiction s'applique dans le cadre des enquêtes de flagrance⁵⁷⁸ et des enquêtes préliminaires⁵⁷⁹. Deux exceptions viennent atténuer la protection du domicile la nuit. Les perquisitions nocturnes sont en effet possibles dans le cadre de la lutte contre le trafic de stupéfiants et le proxénétisme. Pour cette catégorie d'enquêtes, et en cas de flagrance, seule une autorisation préalable du Président du tribunal de grande instance (ou de son délégué) peut permettre aux agents habilités de procéder aux perquisitions, visites et saisies *à toute heure* en matière de trafic de stupéfiants⁵⁸⁰. Sans cette autorisation, ces opérations ne peuvent avoir lieu que dans les lieux publics et en matière de proxénétisme⁵⁸¹. Cette législation n'a jamais fait l'objet de contrôle de constitutionnalité au moment de son adoption. La question de la constitutionnalité des perquisitions nocturnes en dehors de ces deux domaines spécifiques était donc nouvelle pour le Conseil constitutionnel.

L'article 10 de la loi du 22 juillet 1996 intervenait justement dans un but d'harmonisation de la procédure pénale applicable aux infractions de terrorisme à celle applicable en matière de trafic de stupéfiants⁵⁸². Il s'agissait d'une véritable innovation selon le Garde des sceaux, qui regrettait l'absence d'une telle disposition dans le paysage procédural français. À son sens, cette carence était une « lacune qui avait [...] de fâcheuses conséquences dans la lutte contre le terrorisme, dans la mesure où les enquêteurs devaient interrompre leurs investigations entre vingt et une heures et six heures en dépit des nécessités de l'enquête et au risque de voir disparaître certains éléments essentiels de preuve, voire parfois des individus »⁵⁸³. De même, il avait été soutenu, au cours des débats parlementaires, qu'il n'existait pas « de raisons objectives pour interdire les perquisitions de nuit »⁵⁸⁴.

La volonté politique d'étendre les plages horaires des perquisitions se justifiait par le constat que le terrorisme représentait toujours une menace pour l'ordre public et que les mécanismes de prévention étaient encore insuffisants pour assurer la sécurité de l'État français. Selon les sénateurs requérants, l'article 10 de la loi du 22 juillet 1996 portait une atteinte excessive à l'inviolabilité du domicile.

Le Conseil constitutionnel a examiné ce grief et a scindé son raisonnement selon le moment auquel les perquisitions, visites et saisies étaient censées pouvoir se

⁵⁷⁸ Article 59 du code de procédure pénale français.

⁵⁷⁹ Article 76 du code de procédure pénale français.

⁵⁸⁰ Article 708-28 du code de procédure pénale français.

⁵⁸¹ Article 706-35 du code de procédure pénale français.

⁵⁸² La démarche d'uniformisation avait été amorcée par la loi du 8 février 1995, qui allongeait les délais de prescription des actes de terrorisme en les calquant sur ceux applicables aux infractions liées au trafic de stupéfiants depuis 1987. V. Th. RENOUX, « Observations... », art. cit., p. 815.

⁵⁸³ J.O. déb. Ass. nat., 2ème séance du 20 décembre 1995, p. 5412.

⁵⁸⁴ J.O. déb. Ass. nat., 2ème séance du 20 décembre 1995, p. 5414.

dérouler. Il a validé la mesure au cours de l'enquête de flagrance en appliquant le sens classique attribué à la notion en droit pénal ⁵⁸⁵. Comme il le précise, la notion de flagrance équivaut au « cas où un crime ou un délit susceptible d'être qualifié d'acte de terrorisme est en train de se commettre ou vient de se commettre » ⁵⁸⁶.

Les dispositions de la loi organique espagnole autorisaient l'arrestation et la perquisition domiciliaires ainsi que le contrôle des communications. La loi organique 9/1984 était une loi d'application de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, autorisant le législateur à suspendre trois droits fondamentaux dans le cadre des enquêtes portant sur les activités des bandes armées et des éléments terroristes.

Ce n'est pas le principe des restrictions à l'exercice des droits fondamentaux de l'article 18, alinéas 2 et 3, de la Constitution, qui est contesté par les Parlements basque et catalan mais l'absence de décision judiciaire préalable aux perquisitions et à la surveillance des communications, qui conduisait à soumettre le bien-fondé de ces actions, du moins dans un premier temps, à la décision de l'Exécutif ou des agents de police eux-mêmes. Les requérants espagnols concluaient leur saisine en considérant que le législateur organique avait méconnu la compétence qu'il tirait de l'article 55-2 de la Constitution, qui autorisait certes une suspension de ces droits fondamentaux, mais qui exigeait aussi une *nécessaire intervention judiciaire*.

L'article 16 de la loi organique 9/1984 autorisait expressément, dans son alinéa 1^{er}, les membres des forces de police (*Cuerpos o fuerzas de seguridad del estado*) à « procéder sans autorisation ou mandat judiciaire préalable à l'arrestation *immédiate* des responsables présumés des actions auxquelles se réfère l'article 1^{er} [de la loi organique 9/1984], quel que soit le lieu ou le domicile dans lequel ils se cachent ou se réfugient, ainsi qu'à la fouille de ces lieux et à la saisie des effets et instruments qui s'y trouvent et qui pourraient être en relation avec le délit ». L'alinéa second de cet article exigeait que le ministre de l'Intérieur ou, à défaut, le Directeur général de la Sécurité de l'État communique immédiatement au juge compétent les raisons, les circonstances et le résultat de la fouille.

L'article 17, alinéa 2, du même texte organisait le contrôle des communications postale, télégraphique et téléphonique. Il affectait en cela la limitation du secret des communications de l'article 18, alinéa 3, de la Constitution,

⁵⁸⁵ Selon l'article 53, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale français : « Est qualifié crime ou délit flagrant le crime ou le délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre. Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit. »

⁵⁸⁶ *Cons. const.* n° 96-377 DC, cons. 17.

lequel exige une décision judiciaire pour autoriser l'observation des communications. Dans cette idée, l'alinéa 1^{er} de l'article 17 de la loi déferée prévoyait une autorisation judiciaire préalable comme règle générale. Cependant l'alinéa 2 disposait qu'« en cas d'urgence, [ce] contrôle des communications postale, télégraphique ou téléphonique » pouvait être ordonnée par le ministre de l'Intérieur ou, à défaut, par le Directeur de la Sécurité de l'État. Ces derniers devaient alors en informer « immédiatement par un écrit motivé [le] juge compétent qui, de manière motivée également, révoquera ou confirmera la décision dans un délai de 72 heures à compter du moment où elle a été adoptée ».

Si l'article 17, alinéa 2, de la loi organique 9/1984 conditionnait l'absence de décision judiciaire préalable « au cas d'urgence », l'article 16 ne mentionnait pas cette hypothèse. Pour autant, le Tribunal constitutionnel a suivi un raisonnement similaire pour l'examen de ces deux articles. Il a ainsi souligné la prise en compte de l'urgence dans la rédaction du premier de ces articles, alors qu'il l'a déduite de celle du second.

Le juge constitutionnel espagnol interprète la mention du caractère *immédiat* que devait revêtir l'arrestation domiciliaire selon l'alinéa 1^{er} de l'article 16 de la loi déferée comme une forme d'urgence qui conditionne l'esprit du texte et, en conséquence, la lecture qui devait en être faite par les forces de police⁵⁸⁷. La Constitution espagnole prenant donc déjà en compte l'hypothèse de flagrant délit à l'article 18, alinéa 2⁵⁸⁸, l'article 16 de la loi organique 9/1984 envisageait en toute logique une réduction plus poussée de ce droit fondamental, en autorisant ces opérations en dehors des cas de flagrante, sans autorisation judiciaire, en application de la suspension du droit à l'inviolabilité du domicile, prévu à l'article 55-2 de la Constitution espagnole.

De manière plus synthétique, le Tribunal constitutionnel considère que la mise en place des interceptions des communications, prévue à l'article 17, alinéa 2, de la loi organique se fera sur décision du ministre de l'Intérieur « seulement dans des hypothèses déterminées caractérisées par l'urgence et durant un temps limité »⁵⁸⁹. Il ne fait que souligner les éléments mentionnés expressément dans l'article, en précisant que c'est ainsi, à son avis, qu'il doit se lire. Il ne fournit pas de plus amples détails sur « les hypothèses d'urgence » qu'évoquait la disposition, alors qu'ils auraient sans aucun doute permis de mieux cerner le contexte nécessitant une atteinte au secret des correspondances.

⁵⁸⁷ *STC* 199/1987, cons. en droit 9.

⁵⁸⁸ Pour rappel, l'article 18, alinéa 2, du texte constitutionnel établit clairement que le domicile n'est pas une enceinte inviolable puisque les cas de flagrant délit autorisent la perquisition sans le consentement du propriétaire des lieux et sans autorisation judiciaire.

⁵⁸⁹ *STC* 199/1987, cons. en droit 10.

Le Conseil constitutionnel français et le Tribunal constitutionnel espagnol étaient donc tous deux confrontés, dans le cadre d'un contrôle abstrait, à des dispositions législatives qui évoquaient, sous des formes différentes, la pression du temps sur le déroulement des enquêtes sur les agissements terroristes. Il s'agissait d'une forme d'urgence potentielle, en somme, qui contraste avec l'urgence très concrète de la situation d'*emergenza* en Italie. Une urgence à l'application toutefois plus limitée autour de la notion de *flagrance* prise en compte par la loi française, qui se distingue d'une urgence beaucoup plus nébuleuse pour la loi espagnole, susceptible de recevoir une application plus fréquente et très variée.

Quelle que soit la forme de l'urgence, c'est une notion définitivement essentielle pour l'ensemble des juges constitutionnels. Au travers de ces interprétations contextuelles, plus ou moins fournies, ils reconnaissent l'impact de l'urgence sur les mesures législatives soumises à leur examen et l'intègrent dans les paramètres du contrôle de constitutionnalité. Ainsi, après avoir servi de motif au législateur pour justifier un exercice plus restreint des droits fondamentaux, l'urgence conduit les juges constitutionnels à admettre la constitutionnalité de ces aménagements.

§ 2 – L'effet uniforme de l'urgence

L'intégration de l'urgence dans les paramètres du contrôle de constitutionnalité des dispositions examinées, tout en étant logique, n'en demeure pas moins essentielle quant à l'issue de ce contrôle. Les différentes formes que revêtait l'urgence dans chacune des trois législations et les diverses appréciations qu'en ont fait les juges constitutionnels auraient pu laisser croire que son impact sur l'examen de constitutionnalité eût été, lui aussi, différent.

Il n'en est rien si l'on considère que l'urgence a en effet conduit, dans les trois cas d'espèce, à une *autre* lecture des droits et des garanties constitutionnels et, en conséquence, à la validation des dispositions déferées.

En revanche, la supposition est fondée dès lors que l'on constate que l'urgence n'a pas agi avec le même *poids* dans chaque prétoire.

L'urgence a en effet aidé le juge constitutionnel français à appuyer la validation de la disposition législative (A), elle a permis au juge constitutionnel espagnol de tempérer la prévision du législateur (B) et a justifié la position du juge constitutionnel italien (C).

A. La validation des perquisitions de nuit en France

Dans la décision du 16 juillet 1996 ⁵⁹⁰, le Conseil constitutionnel français s'est prononcé sur la constitutionnalité des perquisitions de nuit, aussi bien en cas de flagrance que dans le cadre d'une enquête préliminaire et de l'instruction. Il les a censurées dans la seconde hypothèse ⁵⁹¹ tout en les validant dans la première, en raison de la nature même de l'enquête de flagrance. Si l'on peut attribuer cette dichotomie du raisonnement au contexte, il faut cependant reconnaître que les requérants l'impulsaient déjà dans leurs griefs.

En effet, les lettres de saisine laissaient déjà entrevoir que l'élargissement des perquisitions de nuit dans les cas de flagrance ne posait pas de graves problèmes d'inconstitutionnalité, alors qu'à l'inverse, l'élargissement de ces mesures au cours de la phase d'enquête préliminaire et de l'instruction concentrait toutes les critiques des parlementaires ⁵⁹². Les saisines indiquaient donc la voie à suivre au Conseil constitutionnel pour un examen binaire de l'article 10 de la loi du 22 juillet 1996, selon les périodes au cours desquelles le domicile n'était plus autant protégé et lui offrait, de la sorte, les arguments pour valider les perquisitions de nuit en cas de flagrance.

Les saisines se sont attachées à rappeler combien la protection du domicile est un principe sacré dans l'ordonnement français. En tant que principe de valeur constitutionnelle ⁵⁹³, l'inviolabilité du domicile implique que ce dernier « ne peut connaître de dérogations que celles explicitement prévues par la loi, destinées à assurer le respect d'autres principes de même valeur – en l'occurrence, ceux de la nécessaire répression pénale – et bénéficiant toujours des garanties que l'autorité judiciaire doit pouvoir apporter conformément à l'article 66 de la Constitution » ⁵⁹⁴. La protection du domicile, « pour des raisons dont l'histoire a abondamment démontré la légitimité et l'importance » ⁵⁹⁵, doit être encore plus accrue la nuit et c'est dans cet esprit que l'article 59 du code de procédure pénale ⁵⁹⁶ interdit

⁵⁹⁰ *Cons. const.* n° 96-377 DC du 16 juillet 1996.

⁵⁹¹ V. *infra*, deuxième partie.

⁵⁹² Le texte d'origine du projet de loi, soumis en première lecture au Parlement, n'envisageait les perquisitions de nuit que dans les cas de flagrance. Ce n'est qu'au cours de la discussion au sein de la Chambre qu'un amendement a été adopté pour élargir ces mesures de police aux enquêtes préliminaires et de l'instruction, donnant ainsi à l'article sa version définitive.

⁵⁹³ Les sénateurs déduisent cette qualité de la décision *Cons. const.* n° 83-164 DC du 29 décembre 1983.

⁵⁹⁴ Lettre de saisine des sénateurs, *J.O.* 23 juillet 1996, p. 11112.

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ Les sénateurs considèrent d'ailleurs que l'article 59 du code de procédure pénale « plonge ses racines assez profondément dans notre histoire pour présenter tous les caractères d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République venant renforcer le principe général, constitutionnel également, de l'inviolabilité du domicile ». *Ibid.* Le Conseil constitutionnel n'a finalement pas rejoint les requérants en ne reconnaissant pas ce PFRLF, sur les raisons de ce refus, voir TH. S. RENOUX, « Observations sous C.C.

formellement toute visite ou perquisition entre vingt-et-une heures et six heures du matin, même si ces opérations sont réalisées sur décision et sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Les requérants concluaient ainsi qu'« il ne s'agit pas d'apporter des garanties en cas de violation, jugée légitime ou nécessaire, du domicile, mais bien purement et simplement d'en bannir l'hypothèse »⁵⁹⁷.

Les propos des requérants étaient ensuite plus tempérés pour les perquisitions en cas de *flagrance*, comme en témoignent plusieurs passages des saisines.

En effet, au sens des députés, « si l'on peut comprendre que s'ajoute *la flagrance* aux exceptions à l'inviolabilité que le constituant de l'an VIII lui-même limitait aussi strictement, on imagine en revanche difficilement qu'un Parlement de la République puisse se montrer moins sourcilieux que les hommes du 18 brumaire sur la défense d'une liberté aussi fondamentale, dès lors qu'aucune nécessité de force comparable ne commande d'y porter atteinte »⁵⁹⁸. Ils ajoutent qu'en admettant que « l'atteinte à l'inviolabilité du domicile [...] hormis *le cas de flagrance*, n'est, en rien, justifiée par les nécessités de l'action publique », et concluent d'eux-mêmes que « seule la limitation de la perquisition de nuit *aux cas de flagrance* permet, comme en témoigne toute la législation républicaine antérieure, de concilier la protection de la sûreté des citoyens avec l'inviolabilité du domicile la nuit »⁵⁹⁹.

Les sénateurs avouent également que les seules exceptions autorisées par l'article 59 du code de procédure pénale sont celles que la loi aura jugées nécessaire d'édicter et, à cette époque, la seule prévue est celle tenant à *la flagrance* qui « s'explique et, au moins en large partie, se justifie par sa nature même »⁶⁰⁰. Ils ne contestent donc pas l'élargissement des perquisitions de nuit en matière de recherche sur les infractions de terrorisme en cas de *flagrance* puisqu'ils estiment qu'« un des principes les plus anciens, les plus constants, qui procède de l'idée même de liberté individuelle et la caractérise, se trouverait atteint *en dehors des seuls cas où une urgence impérative* peut le justifier »⁶⁰¹. Aussi le reste de leur saisine s'attachait-il à

déc. n° 96-377 DC », *D.*, somm. com., 1998, p. 155, et du même auteur, « Observations sous C.C. déc. n° 96-377 DC », *R.F.D.C.*, 1996, p. 816. Sur la notion voir M. VERPEAUX, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *L.P.A.*, 1993, n° 84 et 85.

⁵⁹⁷ Lettre de saisine des sénateurs, *J.O.* 23 juillet 1996, p. 11112.

⁵⁹⁸ Lettre de saisine des députés, *J.O.* 23 juillet 1996, p. 11114. C'est nous qui soulignons.

⁵⁹⁹ *Ibid.* C'est nous qui soulignons. Il faut noter, ici, que les députés rattachent l'inviolabilité du domicile au droit constitutionnellement protégé au respect de la vie privée et non à la liberté individuelle. Le Conseil constitutionnel ne les suivra pas sur ce point et maintiendra un lien entre l'inviolabilité du domicile et la liberté individuelle.

⁶⁰⁰ Lettre de saisine des sénateurs, *J.O.* 23 juillet 1996, p. 11112.

⁶⁰¹ Lettre de saisine des sénateurs, *J.O.* 23 juillet 1996, p. 11113. C'est nous qui soulignons.

démontrer que l'extension des opérations pendant la phase préliminaire n'est ni utile, ni tolérable, nous y reviendrons ⁶⁰².

La validation des perquisitions, visites et saisies nocturnes en matière de terrorisme étaient ainsi en bonne voie. Il ne restait plus au Conseil constitutionnel qu'à étayer son argumentation pour distinguer la constitutionnalité des opérations selon le moment de leur déroulement.

C'est la première fois, dans la décision n° 96-377 DC, que le Conseil constitutionnel est interrogé sur les perquisitions domiciliaires en matière pénale. Il s'était déjà prononcé sur les perquisitions pour la recherche des preuves de fraude fiscale et pour les visites d'entreprises qui étaient consenties librement par les intéressés en matière d'installation de matériels de télécommunication ⁶⁰³. Il n'avait donc pas encore examiné de dispositions organisant des perquisitions durant les phases d'enquêtes pénales, et encore moins, durant la nuit.

Plutôt que de consacrer l'interdiction des perquisitions nocturnes en tant que principe constitutionnel ⁶⁰⁴, le juge constitutionnel français préféra placer son examen de constitutionnalité sous un principe, désormais classique, de la jurisprudence, en vertu duquel « la recherche des auteurs d'infractions est nécessaire à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle », en déclarant qu'« il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre cet objectif de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et notamment l'inviolabilité du domicile » ⁶⁰⁵.

⁶⁰² *Ibid.*. Les sénateurs seront rejoints sur ce point par le Conseil constitutionnel, qui censurera une partie de l'article 10 de la loi du 22 juillet 1996. Nous reviendrons en détail sur cette censure dans la deuxième partie. Pour donner un bref aperçu de leur grief sur l'insuffisance des garanties dont le législateur avait assorti la mesure, voici un extrait de leur saisine : « On ne saurait déduire que la liberté individuelle est respectée à la seule condition que l'autorité judiciaire soit appelée à jouer un rôle précis et déterminant [...] la fonction confiée par la Constitution à l'autorité judiciaire est une garantie de la liberté, non une excuse permettant d'y porter atteinte [...] De même qu'on ne saurait [...] rétablir la torture sous le prétexte qu'on en confierait le contrôle à un juge, on ne saurait davantage [...] se résigner à la méconnaissance d'un droit fondamental au seul motif que celle-ci ne pourrait intervenir que par une décision écrite signée d'un magistrat. »

⁶⁰³ Cf. respectivement *Cons. cont.* n° 83-164 DC du 29 décembre 1983 et n° 90-281 DC du 27 décembre 1990.

⁶⁰⁴ F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel devant la répression... », art. cit., p. 1252.

⁶⁰⁵ *Cons. const.*, n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. 16. Ce n'est pas la première fois que le Conseil énonce ce considérant, voir par exemple *Cons. const.* n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, cons. 3. Il faut noter, ici, que le Conseil constitutionnel rattache l'inviolabilité du domicile à la liberté individuelle comme il l'avait déjà affirmé dans la décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983. Quant au rapport terminologique entre la liberté individuelle et l'inviolabilité du domicile et les atteintes jugées excessives ou pas, voir B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence... », art. cit., p. 9 et B. MERCUZOT qui mentionne que l'inviolabilité du domicile, aspect de la liberté individuelle en 1983, devient, dans la décision n° 96-377 DC, un droit indépendant au considérant 16 pour ensuite et finalement être de nouveau rattaché à elle au considérant 18, lorsque le Conseil constitutionnel déclare que l'atteinte est excessive à la liberté individuelle et non à

Cela posé, le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur la possibilité de prévoir des visites, perquisition et saisies de nuit dans le cas où un crime ou un délit susceptible d'être qualifié d'acte de terrorisme est en train de se commettre ou vient de se commettre. Il ne condamne donc pas le principe d'une atteinte à l'inviolabilité du domicile par les perquisitions de nuit « eu égard aux exigences de l'ordre public ». Cette référence laconique à l'ordre public, qui est évidemment menacé par les activités terroristes, semble venir soutenir l'objectif de valeur constitutionnelle de la recherche des auteurs d'infractions ⁶⁰⁶.

Le Conseil admet ainsi le principe d'une atteinte à l'inviolabilité du domicile au travers des perquisitions de nuit, en raison de l'urgence de la situation ⁶⁰⁷, tout en précisant que si cette atteinte ne peut être considérée comme *excessive* c'est parce que le législateur a suffisamment encadré ces opérations par des garanties adéquates ⁶⁰⁸ et « eu égard aux nécessité de l'enquête en cas de flagrance » ⁶⁰⁹.

En outre, le juge constitutionnel a assorti sa déclaration de constitutionnalité des perquisitions de nuit de réserves d'interprétation ⁶¹⁰, dont l'une, notamment, a trait à la rapidité avec laquelle les forces de police doivent procéder aux perquisitions

l'inviolabilité du domicile (« Commentaires sous la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1996 », *D.*, 1997, II, p. 72 et note 19).

⁶⁰⁶ Les deux aspects seront d'ailleurs par la suite souvent liés par le Conseil constitutionnel, qui les considère « nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle ». Cf. par exemple la décision n° 2003-467 du 13 mars 2003 sur la Loi pour la sécurité intérieure, dans laquelle le Conseil constitutionnel énonce « qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties [...] », cons. 8. Il faut également noter que le Conseil constitutionnel réitère ici le « couplage » évoqué par F. LUCHAIRE au sujet de la décision du 25 janvier 1985 sur l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, puisqu'il conditionne la jouissance des droits et des principes de valeur constitutionnelle à la sauvegarde de l'ordre public, qui pourtant, justifie les limitations de ces mêmes droits et principes. V. *supra*.

⁶⁰⁷ B. MERCUZOT, « Commentaires sous la décision... », art. cit., p. 73.

⁶⁰⁸ La possibilité pour le législateur de prévoir des perquisitions de nuit dans les cas de flagrance est délivrée « à condition que l'autorisation de procéder aux dites opérations émane de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que le déroulement des mesures autorisées soit assorti de garanties procédurales appropriées ; qu'en l'occurrence, le législateur a fait du Président du Tribunal de Grande Instance ou de son délégué, magistrats du siège, l'autorité compétente pour autoriser la mesure, en exigeant une décision écrite motivée précisant la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée, l'adresse des lieux concernés, les éléments de fait justifiant la nécessité des opérations ; qu'en outre, il a placé les opérations sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, lequel peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales ; qu'il a précisé, enfin, que les opérations en cause ne peuvent, à peine de nullité, laquelle revêt un caractère d'ordre public, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions qu'il a ainsi visées », *Cons. const.* n° 96-377 DC, cons. 17. V. nos développements *infra*, titre 1^{er} de la seconde partie.

⁶⁰⁹ *Cons. const.* n° 96-377 DC, cons. 17.

⁶¹⁰ Les réserves d'interprétation étant une manière pour le juge constitutionnel de *reprenre en main* son contrôle de constitutionnalité, nous les traiterons plus précisément dans la deuxième partie de notre étude. Nous pouvons cependant d'ores et déjà préciser que, dans la décision n° 96-377 DC, les réserves portaient sur la notion de « nécessités de l'enquête » et sur la rapidité avec laquelle les forces de police devaient intervenir dans les domiciles après l'accord de l'autorité judiciaire. V., cons. n° 17 de la décision.

une fois l'autorisation de l'autorité judiciaire obtenue. En effet, en précisant qu'« une fois l'autorisation accordée, les perquisitions, visites et saisies doivent être opérées sans délai », le juge conditionne un peu plus la notion d'urgence qui autorise une entorse à la protection du domicile. En d'autres termes, il s'assure que la dérogation subie par le principe de l'inviolabilité du domicile ne peut intervenir que dans des conditions exceptionnelles ⁶¹¹.

Le raisonnement du juge constitutionnel français laisse ainsi entendre que la seule flagrance n'aurait, sans doute, pas autorisé une atteinte au principe de l'inviolabilité du domicile.

Ce n'est que la conjonction de plusieurs éléments parmi lesquels, à titre principal, on retiendra la flagrance et le contenu des garanties, qui amène le Conseil à valider une partie de l'article 10 de la loi du 22 juillet 1996. Cela est d'autant plus évident que pour les opérations de perquisitions, visites et saisies nocturnes pendant les phases d'enquête préliminaire et de l'instruction, le Conseil constitutionnel n'a pas retenu les exigences de l'ordre public et la matière du terrorisme pour valider ces dispositions. Il a, au contraire, souligné l'absence de garanties adéquates et d'urgence pour les censurer.

La question du poids précis de l'urgence dans la mise en balance des éléments du contrôle se pose évidemment. Si les garanties pour les opérations de perquisitions avaient été équivalentes au cours de chacune des différentes phases envisagées, nous aurions pu résoudre cette interrogation. Nonobstant, nous ne pouvons imaginer que dans l'hypothèse de garanties équivalentes – et non pas identiques en vertu des spécificités de chaque procédure – le Conseil constitutionnel aurait validé l'ensemble de l'article 10 de la loi du 22 juillet 1996.

À notre sens, c'est en raison de la nécessité de faire face à une urgence impérative que le Conseil constitutionnel accepte une atteinte non excessive au principe de l'inviolabilité du domicile pour permettre une lutte plus efficace contre le terrorisme.

Le raisonnement du juge accordant une large place à la précision des garanties, nous pouvons simplement constater que l'urgence, et plus précisément en l'espèce, la flagrance, a contribué à la validation par le Conseil constitutionnel de la possibilité d'opérer des perquisitions de nuit dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, comme cela était déjà possible en matière de trafic de stupéfiants.

⁶¹¹ B. MERCUZOT, « Commentaires sous la décision... », art. cit., p. 73 ; F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel devant la répression... », art. cit., p. 1254. Nous reviendrons en détail sur les réserves d'interprétation dans la deuxième partie, afin d'illustrer l'influence du juge constitutionnel sur la législation antiterroriste.

B. La validation d'une intervention de l'autorité judiciaire *a posteriori* en Espagne

Le Tribunal constitutionnel espagnol a admis, dans la décision 199/1987, que l'urgence permettait une lecture singulière de la garantie que représente la « nécessaire intervention judiciaire », prévue à l'article 55-2 de la Constitution ⁶¹².

Les saisines des Parlements basque et catalan concentraient les griefs à l'encontre des articles 16 et 17, alinéa 2, de la loi organique 9/1984 autour de l'absence d'une intervention judiciaire *en amont* des mesures de perquisitions et de contrôle des communications ⁶¹³. À leur sens, l'article 55-2 de la Constitution encadrait la suspension des droits fondamentaux de l'inviolabilité du domicile et du secret des communications, reconnus respectivement aux alinéas 2 et 3 de l'article 18 de la Constitution, de certaines garanties spécifiques, au titre desquelles se trouvent une « nécessaire intervention judiciaire » et un contrôle parlementaire « adéquat ». En ne prévoyant pas une intervention *préalable* du juge avant toute mesure de perquisitions ou de contrôle de communication, les deux dispositions législatives méconnaissaient l'article 55-2 de la Constitution.

L'Avocat de l'État, à l'inverse, estimait que si l'intervention du juge avait été prévue avant les opérations et consistait en un acte d'autorisation de celles-ci, il n'y aurait aucune différence entre le régime ordinaire prévu pour les droits aux articles 18, alinéa 2 et alinéa 3, de la Constitution et ce serait l'article 55-2 de la Constitution qui se trouverait vidé de son contenu.

Le Tribunal constitutionnel admet rapidement que la question de la portée de l'exigence constitutionnelle de la « nécessaire intervention judiciaire » est un « sujet particulièrement complexe étant donné la difficile compatibilité, mise en évidence par la doctrine, entre la suspension des droits des articles 17, alinéa 2, 18, alinéa 2 et alinéa 3, de la Constitution et le maintien d'une intervention judiciaire qualifiée de “nécessaire” dans chacune des hypothèses de suspension » ⁶¹⁴.

Pour le juge constitutionnel, il ne fait aucun doute qu'aucune des deux exigences de l'article 55-2 de la Constitution ne doit être sacrifiée, ni l'intervention judiciaire, ni le mécanisme de suspension, étant donné que le texte même de l'article constitutionnel envisage la conciliation entre la suspension des droits et l'intervention judiciaire.

⁶¹² Article 55-2 de la Constitution espagnole.

⁶¹³ *STC* 199/1987. Pour l'article 16 de la loi organique, voir les considérants en fait n° 5, §3, n° 9, §6 et n° 11, §7 ; pour l'article 17, alinéa 2, de la loi organique, les considérants en fait n° 5, §4, n° 9, §6 et n°11, §7.

⁶¹⁴ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 7, §2.

Il reconnaît être confronté, par le biais de cette question, à l'application du principe de *concordancia practica*, qui lui impose de rendre compatibles la suspension des droits et l'intervention du juge judiciaire.

Autrement dit, pour assurer le respect de la force normative de la Constitution, le Tribunal constitutionnel doit assurer la conciliation la plus juste possible des deux exigences constitutionnelles que sont l'efficacité de l'intervention judiciaire en tant que protection des droits fondamentaux, et la permission d'une suspension individuelle de ces mêmes droits. Le tout devant être évalué en prenant en compte la finalité de l'article 55-2 de la Constitution, qui est que l'autorisation de suspendre les droits fondamentaux doit être garantie par une intervention judiciaire, compatible avec le principe de suspension.

Pour le Tribunal constitutionnel espagnol, cela suppose que ce n'est qu'en dernier recours que la « nécessaire intervention judiciaire » doit se moduler (*modalizarse*), afin d'assurer la possibilité de suspension. Il reconnaît que la meilleure effectivité de l'intervention judiciaire serait assurée par une intervention *préalable* à l'exécution des opérations, bien qu'il ne soit pas exclu que, *dans certains cas*, l'effectivité de la suspension exige une action immédiate de l'autorité gouvernementale sans préjudice de l'intervention successive du juge, de sorte que l'opération puisse être décidée de manière provisoire par l'autorité gouvernementale, sous réserve de la ratification ou de l'annulation par l'autorité judiciaire, *a posteriori*.

Selon les termes du juge constitutionnel espagnol, « *dans ces cas extrêmes*, l'effectivité de la suspension pourrait exiger le report de l'intervention judiciaire à un moment ultérieur à la décision de l'exécutif [...] Cette modulation de la nécessaire intervention judiciaire, afin de permettre la suspension, entre dans la logique même de l'article 55-2 de la Constitution »⁶¹⁵. Il rejoint, ici, l'Avocat de l'État, en admettant que si l'intervention judiciaire restait identique en toute hypothèse à celle qui s'applique dans le régime commun des droits, tel qu'exposé aux articles 17, alinéa 2, 18, alinéas 2 et 3, de la Constitution, la Constitution n'aurait pas envisagé la suspension des droits fondamentaux.

Afin d'évaluer la conciliation entre les exigences constitutionnelles de la manière la plus juste possible, il ne peut – comme l'y invitaient pourtant les requérants – aborder la conciliation entre la suspension et le maintien de la garantie représentée par l'intervention judiciaire de manière uniforme pour les trois droits fondamentaux visés à l'article 55-2 de la Constitution, et pour toutes les hypothèses envisagées par le législateur⁶¹⁶. Il doit donc prendre en compte le droit spécialement

⁶¹⁵ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 7.

⁶¹⁶ Le législateur organique, dans la loi organique 9/1984, aménageait les trois droits fondamentaux dont la suspension était autorisée par l'article 55-2 de la Constitution espagnole. Le Tribunal constitutionnel, dans la décision 199/1987, a donc décomposé son raisonnement en trois temps, et il n'est d'ailleurs pas parvenu

aménagé par la disposition législative et les circonstances dans lesquelles la suspension est prévue.

Ainsi, malgré une problématique assez proche, les deux articles vont être examinés séparément par le Tribunal constitutionnel en raison de leur rapport différent avec l'intervention judiciaire.

L'article 16 de la loi organique 9/1984 prévoyait la possibilité d'arrestations et de fouilles domiciliaires sans que les membres de la police n'aient besoin, au préalable, d'obtenir une autorisation ou un mandat judiciaire. L'article 16, alinéa 2, régularisait en quelque sorte la légalité, en exigeant du ministre de l'Intérieur ou du Directeur de la Sécurité de l'État, la communication *immédiate* des détails de l'opération au juge compétent.

Le Tribunal constitutionnel reconnaît que le droit à l'inviolabilité du domicile ou, plus précisément, le droit de ne pas pénétrer dans le domicile sans le consentement de son propriétaire, est un droit « relatif et limité », car la « Constitution autorise sa restriction dans des hypothèses prévues par la loi même si, en principe, elle exige une décision judiciaire pour ce faire, sauf dans les cas de flagrant délit »⁶¹⁷. Si l'on s'en réfère à l'article 18, alinéa 2, de la Constitution espagnole, c'est l'intervention d'un juge qui garantit à tout citoyen qu'en dehors des cas de flagrant délit, nul ne pourra pénétrer dans son domicile, sans son consentement. En d'autres termes, le contenu essentiel de ce droit est représenté par cette intervention judiciaire sans laquelle les forces de police ne peuvent, normalement, entrer et fouiller le domicile⁶¹⁸.

L'article 16 de la loi organique venait donc poser le problème – délicat, comme le soulignait le Tribunal constitutionnel, dans son considérant n° 7 – de savoir en quoi consistait la suspension de ce droit en vertu de l'article 55-2 de la Constitution, puisque ce dernier exige une intervention judiciaire qu'il qualifie de *nécessaire* et l'article 18, alinéa 2, de la Constitution fonde la protection de ce droit sur cette même intervention. Sans une interprétation savamment dosée de la part du juge constitutionnel, la question n'aurait pu se résoudre qu'au terme du sacrifice du mécanisme de suspension de l'article 55-2 ou de celui de la garantie de l'intervention judiciaire.

à la même conclusion pour la suspension du délai de garde à vue que pour les perquisitions et le contrôle des communications. S'il a autorisé l'intervention judiciaire *a posteriori* pour les deux dernières hypothèses, il a, en revanche, censuré la disposition allongeant le délai de la mesure privative de liberté. Nous reviendrons sur ce point dans la seconde partie.

⁶¹⁷ STC 199/1987, cons. en droit 9, §3.

⁶¹⁸ J-J. SOLOZABAL ECHAVARRIA, « Rapport espagnol... », art. cit., p. 156.

Le Tribunal constitutionnel a rejoint les requérants sur le fait que « la seule intervention judiciaire effective est, en principe, celle qui est adoptée avant la pénétration dans le domicile puisque l'intervention *a posteriori* interviendrait une fois l'intrusion dans le domicile effectuée et n'empêcherait en aucun cas le sacrifice du droit fondamental »⁶¹⁹. De même, il admet que dans l'hypothèse d'une atteinte manifestement excessive au droit fondamental, seule une éventuelle responsabilité disciplinaire ou pénale pourrait être engagée. Si le juge venait, par ailleurs, et postérieurement à l'action, annuler la perquisition, la légitimité des preuves obtenues lors d'une pénétration de domicile serait remise en question. En aucun cas, l'atteinte subie par l'individu ne serait *réparée*.

Il précise ensuite que l'article 55-2 a seulement habilité le législateur organique espagnol à *moduler* l'intervention judiciaire pour l'entrée et la fouille du domicile, il ne l'a pas supprimée⁶²⁰. Le législateur doit donc assurer une intervention judiciaire *suffisante*, dans la mesure du possible, préalable, qui soit compatible avec la suspension de ce droit.

Le juge constitutionnel doit ainsi vérifier la qualité de l'intervention judiciaire pour mesurer sa compatibilité avec la suspension du droit à l'inviolabilité du domicile.

C'est pour cela que le Tribunal constitutionnel revient précisément sur le caractère *immédiat* de la détention du présumé terroriste qui doit justifier l'entrée dans le domicile. L'article 16 de la loi organique 9/1984 avait pour objectif principal de permettre l'arrestation immédiate des responsables présumés d'actes de terrorisme, quel que soit le lieu ou le domicile dans lequel ils s'étaient réfugiés. Les mesures de perquisitions et de saisies des effets et des instruments liés aux délits de terrorisme n'intervenaient que dans un second temps de l'action de police. Il considère alors que le législateur s'est finalement contenté, ici, d'appliquer la règle de l'article 553 de la *LECrim* pour supposer que la suspension du droit de l'article 18, alinéa 2, de la Constitution, se caractérise par l'absence du mandat d'arrêt pour permettre l'entrée dans le domicile, sans autorisation judiciaire préalable, pour procéder à une détention immédiate⁶²¹.

⁶¹⁹ *STC* 199/1987 du 26 décembre, cons. en droit n° 9.

⁶²⁰ L'Avocat de l'État soutenait que la suspension du droit à l'inviolabilité du domicile ne pouvait consister qu'en la suspension de l'autorisation judiciaire, puisqu'en dernier recours, suspendre l'inviolabilité du domicile suppose de faire abstraction de l'intervention judiciaire. Il soutient aussi que c'est le cas durant l'état d'exception, au sens de l'article 17, alinéa 1^{er}, de la loi organique 4/1981, et que le législateur aurait donc pu le prévoir pour la lutte contre le terrorisme. Or, le Tribunal constitutionnel ne le rejoint pas, car l'article 55-2 de la Constitution impose de manière expresse cette intervention, à l'inverse de l'article 55-1 qui n'en fait pas mention. V. *STC* 199/1987, cons. en droit 9, §5.

⁶²¹ Article 553 de la *LECrim* : « Les agents de police pourront, de même, procéder de leur propre autorité à l'arrestation immédiate des personnes lorsqu'un mandat d'arrêt est délivré contre elles, lorsqu'elles sont surprises en flagrant délit, lorsqu'un délinquant, immédiatement poursuivi par les Agents de l'autorité, se

Le caractère d'immédiateté est régulièrement repris par le Tribunal constitutionnel dans son raisonnement, afin de souligner que le législateur a limité la possibilité d'arrestations et de fouilles domiciliaires à des hypothèses *exceptionnelles*, dans lesquelles l'opération des forces de l'ordre doit impérativement être réalisée pour procéder à l'arrestation immédiate du terroriste présumé⁶²². Le délai que nécessite une simple demande d'intervention de l'autorité judiciaire pourrait mettre en péril le succès de l'arrestation. Or, la gravité du terrorisme ne permet pas une telle défaillance de l'enquête.

Pour conclure, le Tribunal constitutionnel espagnol insiste sur le fait que l'article 16 de la loi organique 9/1984 ne pose pas comme principe l'absence d'autorisation de l'autorité judiciaire, tout comme il ne prévoit pas que la loi suffirait, sans autre circonstance, pour que les forces de police puissent entrer dans n'importe quel domicile pour procéder à leur fouille et à la saisie d'objets.

Il met en avant le cadre cohérent posé par le législateur *pour les nécessités de l'enquête sur le terrorisme*, ce qui équivaut au fait que le report de l'autorisation d'un juge pour entrer dans un domicile n'est qu'exceptionnel, ne sera concédé que dans des hypothèses absolument indispensables, dans lesquelles les circonstances de l'espèce ne permettent pas l'adoption opportune de l'intervention du juge en amont de l'action, et seulement dans le but de procéder à l'arrestation immédiate d'un présumé terroriste.

La conciliation opérée par le législateur organique entre l'effectivité de la suspension du droit à l'inviolabilité du domicile et la nécessaire intervention judiciaire est évaluée par le juge constitutionnel espagnol comme étant *juste*. La volonté législative d'accorder au mieux les deux éléments est, selon lui, manifeste. Seul le caractère préalable de l'intervention judiciaire a été sacrifié, dans des hypothèses limitées, afin de rendre effectives les finalités pour lesquelles l'article 55-2 a été inséré dans la Constitution, le législateur n'a donc pas fait prévaloir *dans tous les cas* le contenu essentiel du précepte constitutionnel (c'est-à-dire la suspension d'un droit) sur l'exigence d'une autorisation judiciaire pour entrer dans un domicile.

cache ou se réfugie dans une maison ou, dans des cas d'exceptionnelle ou d'urgente nécessité, lorsqu'il s'agit de présumés responsables des actions auxquelles se réfère l'article 384bis, quel que soit le lieu ou le domicile où ils se cachent ou se réfugient, ainsi qu'à la fouille qui, à cette occasion, s'effectue dans ces lieux et à la saisie des effets et instruments qui sont trouvés et qui pourraient être en relation avec le délit poursuivi. « Conformément à ce qui est prévu au paragraphe précédent, il sera rendu compte de la fouille effectuée immédiatement au juge compétent en indiquant les causes qui l'ont motivée et les résultats obtenus avec une mention spéciale des arrestations qui, dans ce cas, auront été pratiquées. De même, il sera indiqué les personnes qui sont intervenues et les incidents survenus ».

⁶²² STC 199/1987 cons. en fait n° 7 et en droit n° 9.

Au contraire, ce n'est que « *seulement* de manière exceptionnelle », dans « des hypothèses absolument indispensables qualifiées par la nécessité de procéder *immédiatement* à l'arrestation d'un présumé terroriste » que le juge interviendra *a posteriori*, sans que l'intervention ne puisse se limiter à une simple réception d'information puisque l'article 16.2 n'établit, ni ne pourra établir, aucune limite au contrôle judiciaire.

Pour le Tribunal constitutionnel espagnol, l'intervention du juge, afin de garantir la légalité des opérations d'arrestations et de fouilles domiciliaires peut donc être reportée à l'issue de ces opérations, en raison d'une urgence à agir sans que cela ne viole l'article 55-2 de la Constitution.

L'impact de l'urgence était beaucoup plus visible sur la disposition de la loi déférée, relative au contrôle des communications. L'article 17, alinéa 1^{er}, de la loi organique espagnole 9/1984 posait le principe de la compétence de l'autorité judiciaire pour procéder aux écoutes et surveillances des communications. Le second alinéa de l'article – précisément déferé par les requérants – autorisait une entorse à ce principe « en cas d'urgence ». La décision d'agir revenait alors à la puissance gouvernementale avec obligation de transmettre immédiatement les détails de l'opération au juge compétent.

Dans un esprit assez analogue des griefs soulevés à l'encontre de l'inconstitutionnalité de l'article 16 de la loi organique, les requérants soutenaient que même l'urgence ne pouvait entraîner la suppression de la décision judiciaire préalable, alors que l'Avocat de l'État justifiait le bien-fondé de la mesure par rapport au principe même de suspension qui impose donc une intervention seulement *a posteriori* à défaut d'être inutile dans l'ordonnancement espagnol, comme il l'avait déjà soutenu pour la défense de l'article 16 de la loi organique.

Après avoir résolu les nuances liées à la spécificité du droit fondamental aménagé par l'article 17, alinéa 2, de la loi organique, et à la prévision législative elle-même, le Tribunal constitutionnel a suivi un raisonnement globalement similaire à celui qui a guidé la validation des arrestations et fouilles domiciliaires ⁶²³.

Le Tribunal constitutionnel a immédiatement exclu l'hypothèse que l'article 55-2 de la Constitution puisse être interprété comme prévoyant la compétence initiale du Gouvernement pour décider de contrôler les communications. Il rejette également l'idée que ce même article de la Constitution puisse être envisagé comme autorisant le législateur organique à supprimer de

⁶²³ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 10.

manière générale, et en toute situation, l'intervention de l'autorité judiciaire, en vue d'une meilleure effectivité de la suspension du droit.

Il reprend ensuite son raisonnement selon lequel seule une conciliation adéquate (*ponderacion adecuada*) entre la suspension individuelle du droit au secret des communications et la nécessité d'une intervention judiciaire permettra de respecter l'esprit avec lequel les constituants ont conçu l'article 55-2.

Le juge constitutionnel rappelle alors que le droit au secret des communications est un droit *relatif*, c'est-à-dire un droit pouvant connaître des restrictions dès lors qu'une autorisation du juge le permet. Dès lors, la suspension de ce droit ne peut être envisagée que sous cet angle, autrement dit, en se caractérisant par la suspension de l'autorisation judiciaire.

Le Tribunal constitutionnel insiste tout d'abord sur l'interdiction formelle pour le législateur de conférer, d'une manière générale, une pleine liberté d'action aux forces de l'ordre pour contrôler les communications d'individus, sans autorisation du juge. Cela lui permet, ensuite, de nuancer cette interdiction en vertu de l'essence même de l'article 55-2 de la Constitution qui, en légitimant l'instauration d'un régime exceptionnel des droits fondamentaux, permet l'élimination du caractère *préalable* de la décision judiciaire, *dans les seules hypothèses où les circonstances ne permettent absolument pas l'intervention de la décision*.

Le Tribunal constitutionnel reprend alors l'ensemble de l'article 17 de la loi organique pour noter que le premier alinéa pose le principe général de la validation ou de la révocation de la mise en œuvre du contrôle des communications par une autorisation judiciaire préalable. Ce n'est que *dans certains cas déterminés, qualifiés par l'urgence, et durant un temps limité*, que l'alinéa 2 de l'article 17 autorise que ce soit momentanément l'autorité gouvernementale qui décide, immédiatement et directement, du contrôle des communications nécessaire pour la poursuite des investigations sur les activités terroristes auxquelles la loi se réfère.

Le Tribunal constitutionnel espagnol conclut qu'« en supprimant l'intervention judiciaire préalable seulement dans des hypothèses exceptionnelles caractérisées par l'urgence, le législateur a réalisé une pondération adéquate (*ponderación adecuada*) entre l'effectivité de la suspension et celle de l'intervention judiciaire, ainsi l'article 17.2 ne ressort pas contraire à l'article 55-2 de la Constitution.

Les deux raisonnements du juge constitutionnel espagnol dans la décision 199/1987 du 26 décembre sont intéressants en ce qu'ils se distinguent,

automatiquement, de ceux que peuvent mener les juges constitutionnels français et italiens. Le Tribunal constitutionnel dispose en effet d'un outil précieux lorsqu'il doit procéder à l'examen de dispositions antiterroristes. L'article 55-2 de la Constitution espagnole constitue une base solide sur laquelle l'analyse de la constitutionnalité des lois peut se développer.

Il n'empêche, cependant, que le Tribunal constitutionnel espagnol doit, à l'instar de ses homologues, s'assurer de la juste proportion des dispositions législatives qui lui sont déférées. S'il l'a admis, en l'espèce, nul doute que l'urgence a participé à son évaluation en jouant un effet permissif sur le report de l'intervention judiciaire au cours des opérations de police antiterroristes.

C. La validation de la prolongation des délais de détention préventive en Italie

Dans l'arrêt n° 15 de 1982, la Cour constitutionnelle a examiné l'article 10 du décret-loi n° 625/1979 sous l'angle de la *ragionevolezza*, en accordant une part importante de son raisonnement à l'*emergenza*.

Le juge *a quo* a renvoyé la question de constitutionnalité à la *Consulta*, au motif que les délais instaurés par la disposition législative dépassaient la limite du raisonnable (dans le texte de la décision et ci-après, *ragionevole*). Si le juge constitutionnel italien a évalué la *ragionevolezza* de la disposition, il a cependant déclaré la question de constitutionnalité non fondée en raison de l'argumentation fournie par le juge *a quo*.

L'ordonnance de renvoi de ce dernier soulevait en effet l'inconstitutionnalité de l'article au regard des articles 13, alinéas 1, 2 et 5 et 27, alinéa 2, de la Constitution, tout en développant l'*irragionevolezza* de la mesure au regard de l'article 5, §3, de la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après CEDH). Le juge *a quo* n'argumentait donc pas la question par rapport à la méconnaissance des droits fondamentaux reconnus dans les articles constitutionnels cités. Il se concentrait, à l'inverse, sur le constat que l'article 10 du décret-loi n° 625/1979 ne respectait pas l'article 5, §3, de la CEDH, qui prévoit que « toute personne arrêtée ou détenue [...] a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable », alors que les principes de la CEDH ont été intégrés à l'ordonnancement italien.

L'ordonnance de renvoi n'argumentait en aucun cas la question de constitutionnalité sur la jurisprudence relative à la *ragionevolezza* « désormais constante, de cette Cour, laquelle en a depuis longtemps reconnu l'existence dans

notre système constitutionnel – en décidant explicitement que le législateur est tenu au « respect de la *ragionevolezza* » (décision n° 7 de 1965) et qu’il trouve une « limite dans la *ragionevolezza* (décision n° 164 de 1971) »⁶²⁴.

Conformément à sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle a estimé que la norme de la CEDH sur laquelle le juge *a quo* fondait sa question « d’une part, ne trouve pas de place en elle-même au niveau constitutionnel et, d’autre part, ne propose aucun critère concret du fait qu’elle s’abstient de fournir une quelconque précision ». Elle a ainsi conclu qu’une « évaluation de la *ragionevolezza*, qui ne reposerait pas sur un critère concret, mais sur une énonciation vague et élastique, serait discutable en l’absence d’une analyse plus articulée et approfondie »⁶²⁵.

Le juge constitutionnel italien a donc procédé au contrôle de la constitutionnalité de l’article 10 du décret-loi n° 625/1979, en mettant cette disposition en perspective avec des critères concrets de jugement. Son raisonnement laisse clairement entrevoir que la *ragionevolezza* de la disposition ne peut être appréciée de manière abstraite mais, au contraire, par rapport aux circonstances qui entourent l’adoption du texte. En d’autres termes, la *ragionevolezza* ne peut être qu’appréciée au regard de la situation d’*emergenza* telle que traduite par la Cour⁶²⁶.

Cela a impliqué, pour la Cour, de poser toute une série d’éléments, afin d’introduire son appréciation finale de la constitutionnalité de la disposition.

Ainsi, la Cour a tout d’abord individualisé la *ratio* qui a incité le législateur à prolonger le délai de détention préventive et l’*occasio legis*, ces deux éléments symbolisant la raison justifiant la législation d’*emergenza*, en considérant que, « pour opérer le contrôle de *ragionevolezza* des délais maximums de détention préventive [...] il convient au préalable d’identifier et d’évaluer la *ratio* qui a incité le législateur à prévoir la prolongation de ces délais ».

La Cour a situé la prolongation des délais de détention préventive parmi les « mesures urgentes pour la protection de l’ordre démocratique et de la sécurité publique », comme l’indiquait le titre de la loi et sa raison d’être dans les « difficultés objectives dans les vérifications liées à l’instruction et aux débats relatifs » aux délits de terrorisme et de subversion, comme le déclarait textuellement la relation gouvernementale qui accompagnait le projet de loi de conversion.

Ainsi, « l’exigence de protection de l’ordre démocratique et de la sécurité publique » est l’*occasio legis* de l’article 10 du décret-loi déferé et « l’existence de

⁶²⁴ *Cour const.*, n° 15 de 1982, cons. en droit 3.

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ L. CARLASSARE, « Una possibile lettura... », art. cit., p. 101.

difficultés objectives dans les vérifications liées à l'instruction et aux débats » en est la *ratio*.

La Cour italienne posait, avec ces deux éléments, le cadre dans lequel la *ragionevolezza* devait être évaluée. Néanmoins, pour que ce cadre soit totalement achevé, elle a dû mettre en perspective la *ratio* et l'*occasio legis* avec la *causa occasionale* de la mesure.

Pour ce faire, elle reprend les termes du législateur qui indiquait que la *causa occasionale* se situait dans la « nécessité de protéger l'ordre démocratique et la sécurité publique contre le terrorisme et la subversion », ce qui l'a conduit à confirmer l'idée que « l'on ne peut douter de l'existence et de la consistance de la dangerosité et de la gravité du phénomène que l'on entend combattre et auquel se réfère justement l'accusation sur laquelle doit se prononcer la Cour d'assises de Turin ». Pour achever la présentation, la Cour a précisé que les caractéristiques du phénomène terroriste se situaient « non seulement dans le projet de détruire les institutions démocratiques en tant que conception, mais aussi dans la pratique concrète de la violence en tant que méthode de lutte politique, de haut niveau de technicité des opérations réalisées, de la capacité de recrutement dans les milieux sociaux les plus divers »⁶²⁷.

Une fois l'ensemble de ces éléments posé, la Cour amorce l'analyse de la *ragionevolezza* en prenant le temps de poser le principe selon lequel, « face à une situation d'*emergenza* », Gouvernement et Parlement n'ont pas seulement le pouvoir et le droit d'agir pour gérer une situation d'*emergenza*, mais un véritable devoir de le faire en adoptant une législation appropriée. Alors, seulement, elle examine la *ragionevolezza* de la disposition législative à la lueur des considérations « sus-exposées »⁶²⁸.

Nous avons déjà noté l'importance de cette déclaration de la Cour, qui ressemble fort à une déclaration de principe⁶²⁹. Nous pouvons désormais souligner la place que lui a accordée le juge constitutionnel italien dans son raisonnement en choisissant de le placer avant la validation de la disposition, qui lui fait revêtir les traits d'une justification de la validation à venir.

En effet, la Cour constitutionnelle a considéré que les délais maximum de la détention préventive ne pouvaient être *irragionevoli* puisqu'ils ont été prévus pour lutter contre les difficultés objectives des vérifications liées à l'instruction et aux débats dans les procès portant sur les délits commis à des fins de terrorisme ou de

⁶²⁷ *Cour const.* n° 15 de 1982, cons. en droit n° 4.

⁶²⁸ *Cour const.* n° 15 de 1982, cons. en droit n° 5.

⁶²⁹ Cf. *supra* nos développements du chapitre 2 du titre 1^{er} de cette partie.

subversion de l'ordre démocratique ⁶³⁰. Ce n'est donc que dans ce contexte, que la Cour a pris soin de préciser, de nouveau, que la prolongation de la détention préventive peut être tolérée.

Pour la *Consulta*, le lien de cause à effet entre terrorisme et subversion, d'un côté, et prolongation de la détention préventive, de l'autre, était indéniable. La Cour prend pour preuve différentes réformes nettement libérales adoptées à partir du rétablissement de la vie démocratique, et l'inversion de la tendance à partir du retour de la violence sur le territoire italien ⁶³¹.

À ce stade du raisonnement de la Cour constitutionnelle, la situation d'*emergenza* lui a permis de justifier la nécessité de l'adoption, par les pouvoirs publics, de mesures adaptées au terrorisme. L'article 10 du décret-loi n° 625/1979 fait partie de ces mesures adaptées au problème posé par le terrorisme dans le déroulement des procédures.

C'est alors que la Cour italienne revient sur l'impact de l'*emergenza* sur les règles normatives. Elle note en effet que l'*emergenza* « dans son acception première, est une condition certainement anormale et grave » et qu'elle « justifie des mesures inhabituelles (dans le texte, *insolite*) » ⁶³².

La succession de ces trois adjectifs est symboliquement forte : l'anormalité, tout d'abord, témoigne de l'acceptation d'une situation de rupture avec le quotidien ordinaire de la gestion étatique ; la gravité, ensuite, permet de souligner que le terrorisme qui frappait le pays présente une menace sérieuse qui nécessite un traitement sévère ; le caractère inhabituel, enfin, renvoie à l'aspect extraordinaire, exceptionnel, des dispositions devant être mises en place par les pouvoirs publics pour affronter cette période.

La Cour constitutionnelle légitime donc, dans le principe, l'existence de la législation d'*emergenza* et surtout, la rigueur avec laquelle est organisé l'exercice des droits fondamentaux dans ce moment si particulier. Elle le fait avec d'autant plus d'aisance qu'elle précise que l'*emergenza* est, par essence même, temporaire ⁶³³. Les mesures adoptées pourront alors refléter une certaine sévérité sans que cela ne remette en cause la proclamation constitutionnelle des droits aménagés par ces dernières, puisque les limitations ne sont pas appelées à perdurer.

⁶³⁰ *Cour const.* n° 15 de 1982, cons. en droit n° 5.

⁶³¹ La cour constitutionnelle italienne situe le retour d'une réaction normative sévère dans le décret-loi n° 99 du 11 avril 1974, converti par la loi n° 220 du 7 juin 1974.

⁶³² *Cour const.* n° 15 de 1982, cons. en droit n° 7. La Cour constitutionnelle utilise le terme « insolite » pour décrire les mesures justifiées par l'*emergenza*.

⁶³³ *Cour const.* n° 15 de 1982, cons. en droit n° 7.

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que la Cour délivre un *brevet* d'action au Gouvernement et au Parlement. À son sens en effet, ces derniers n'ont pas simplement « le droit et le pouvoir » d'agir mais « le devoir précis et absolu d'intervenir, en adoptant une législation d'*emergenza* appropriée »⁶³⁴.

Là encore, les mots employés illustrent parfaitement le réalisme du juge constitutionnel, qui qualifie consciencieusement la responsabilité qui pèse sur les pouvoirs publics. Lorsque la Cour évoque le devoir du Gouvernement et du Parlement, elle renvoie à « l'impératif de conscience qui impose à l'homme d'accomplir ce qui est prescrit en vertu d'une obligation de caractère religieux, moral ou légal », et en le qualifiant de « précis et absolu », elle l'estime « bien identifié, ne laissant place à aucune incertitude ou hésitation », et « qui n'admet aucune limitation dans son exercice ou ses manifestations »⁶³⁵.

En liant l'action des pouvoirs publics à ces conditions, la Cour se lie elle-même ou, du moins, lie son appréciation de la législation d'*emergenza* à ce contexte singulier.

En effet, la qualification juridique du fait d'*emergenza* à laquelle la *Consulta* procède lui permet d'établir un lien de causalité entre la situation extraordinaire et exceptionnelle, née de l'activité terroriste intense, et la disposition dont elle doit examiner la constitutionnalité. L'ensemble des déclarations de la Cour constitutionnelle sur l'état d'*emergenza* est ainsi décisif sur sa manière d'appréhender l'analyse de la disposition précise qui lui a été déférée.

L'*emergenza* a indéniablement *chapeauté* le processus décisionnel de la Cour constitutionnelle italienne. Il est cependant difficile de trancher définitivement la question de son impact sur le contrôle de constitutionnalité et sur la norme constitutionnelle. L'arrêt n° 15 de 1982 a incité la doctrine à envisager la nature de la *ragionevolezza* invoquée sous deux angles, selon qu'elle est *ordinaire* ou *spécifique*.

Une première lecture de l'appréciation de la *Consulta* a consisté à dire qu'elle avait paramétré son jugement sur la base de la *ragionevolezza normale* ou *ordinaire*. Cela reviendrait à lire dans le raisonnement du juge constitutionnel que les délais de détention préventive sont raisonnables en raison des nécessités processuelles évaluées à la lueur des circonstances. En d'autres termes, les délais seraient raisonnables parce qu'il y a *emergenza*.

⁶³⁴ *Cour const.* n° 15 de 1982, cons. en droit n° 5. Sur l'impact présumé de cette déclaration sur le régime de limitation des droits fondamentaux, nous renvoyons à nos développements du chapitre précédent.

⁶³⁵ Cf. Le Petit Robert de la langue française..

L. Carlassare partage cette interprétation lorsqu'elle écrit que « la prolongation de la durée de détention préventive, mesure *inhabituelle* au regard d'un critère de *ragionevolezza* des situations normales, peut, en revanche, ne pas être illégitime si elle est déterminée par des *raisons inhérentes au procès* (la difficulté objective des vérifications) dans les situations d'*emergenza* »⁶³⁶. Cela confirme l'idée de l'auteur selon laquelle, dans l'arrêt n° 15 de 1982, « la *ragionevolezza* est appréciée non pas de manière abstraite, mais en fonction des circonstances : et ici, référence est nécessairement faite à l'*emergenza* »⁶³⁷.

Cette lecture n'est pas anodine car elle détermine l'influence de l'*emergenza* sur la norme constitutionnelle. L. Carlassare poursuit donc son raisonnement en estimant que « cela n'implique aucune dérogation ou suspension de la norme constitutionnelle [en l'espèce, l'article 13] laquelle, il est vrai, n'indique pas un délai précis pour la durée de détention préventive mais impose au législateur d'en fixer un, *raisonnable*, en étroite relation avec les nécessités processuelles (influencées aussi par les circonstances) »⁶³⁸.

Dans ce sens, la *ragionevolezza* ordinaire se redimensionnerait en fonction du contexte entourant l'adoption de la norme législative et dans l'arrêt n° 15 de 1982, elle « serait "proportionnée" au caractère extraordinaire de la situation de fait, et en épouserait en quelque sorte les formes »⁶³⁹. C'est pourquoi certains auteurs, parmi lesquels, M. Luciani, ont vu dans l'*emergenza* une cause de l'altération du contrôle de *ragionevolezza*⁶⁴⁰.

M. Luciani considère que « l'effet essentiel de l'*emergenza* est d'opérer directement sur la structure du contrôle de *ragionevolezza* » en modifiant les canons habituels de ce type de jugement. Dans cette logique, « la lecture même des paramètres constitutionnels est conditionnée par des facteurs matériels spécifiques [...] et le contrôle du juge constitutionnel sur l'action du législateur, en la matière, est lui aussi conditionné par ces mêmes facteurs puisque, dans le contrôle de la "*ragionevolezza*", des conditions matérielles sur lesquelles ladite action se manifeste, il ne peut en faire abstraction » ; c'est en cela que l'on peut parler d'« atténuation de la rigueur du contrôle » qu'opère le juge »⁶⁴¹.

⁶³⁶ L. CARLASSARE, « Una possibile lettura ... », art. cit., p. 105-106. Les italiques sont dans le texte.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 101.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 106.

⁶³⁹ J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel ...*, op. cit., p. 284.

⁶⁴⁰ M. LUCIANI, *Le decisioni processuali...*, op. cit., p. 193 et s. ; J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel ...*, op. cit., p. 284-285.

⁶⁴¹ Le passage cité est un extrait de l'analyse de J.-J. PARDINI, sur les possibles implications du fait d'*emergenza* sur la norme constitutionnelle. cf. *Ibid.*, p. 284. Il s'appuie ici sur différents travaux de M. LUCIANI. Dans l'ordre de citation : M. LUCIANI, *Le decisioni processuali...*, op. cit., p. 193-194 ; ID. « La jurisprudence en

Dans cet esprit, la Cour exercerait alors un contrôle *amoindri* en raison de la gravité de l'*emergenza* qui pèserait de tout son poids sur la balance de la proportion. Ainsi, si l'équilibre n'est pas atteint à l'issue de l'examen, les juges accepteraient ce déséquilibre ponctuel car il serait justifié par l'*emergenza*. La durée de la détention préventive, en vertu de l'article 10 du décret-loi, ne serait donc pas *irragionevole*.

Le danger de cette interprétation a très vite été souligné par A. Pace qui, en contestant l'interprétation de L. Carlassare, remet également en question le fait que l'*emergenza* altérerait le contrôle de *ragionevolezza*.

L'auteur se dit en effet « inquiet » si la thèse selon laquelle « la Cour se serait prononcée sur la base des règles traditionnelles de la *ragionevolezza* »⁶⁴² se révélait exacte. Il pense que « cela impliquerait une élasticité physiologique si ample de la notion qu'elle pourrait justifier comme *ragionevole* – en référence à la spécificité des circonstances – toute mesure, si aberrante soit-elle »⁶⁴³. Il estime alors que la Cour recherche une *ragionevolezza specifica* ou *anormale* pour justifier la durée excessive de détention préventive. Il exclut que la *ragionevolezza normale* soit prise en compte puisque le législateur est incontestablement allé « au-delà de ce que permet la loi ordinaire »⁶⁴⁴. Son raisonnement se base sur les considérations de la Cour en référence à l'obligation d'agir qui pèse sur le Parlement et le Gouvernement face à une situation d'*emergenza*, et sur le fait que l'*emergenza* légitime des mesures inhabituelles. Il est rejoint par G. Zagrebelsky, qui voit aussi, dans l'arrêt n° 15 de 1982, « une interprétation “non normale” de la Constitution, imposée par l'appréciation du danger terroriste »⁶⁴⁵

Pour A. Pace, cette interprétation de la *ragionevolezza* ne doit pas « scandaliser », tout comme ne le devrait pas le fait que la Cour, de par son argumentation, semble admettre la possibilité d'une suspension des garanties constitutionnelles opérée sur la base de la décrétation d'urgence. Il n'est pas le seul à soutenir cette thèse⁶⁴⁶. Cette vision renvoie toutefois à la question essentielle de

matière économique, sociale et du travail en 1985 », *Cahiers du CDPC*, vol. 1, 1987, p. 121 ; ID, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padoue, Cedam, 1983, p. 241, note 80.

⁶⁴² A. PACE, « Ragionevolezza abnorme... », art. cit., p. 111.

⁶⁴³ *Ibid.*

⁶⁴⁴ *Ibid.*

⁶⁴⁵ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, 2^{ème} éd., Bologne, Il Mulino, 1988, p. 515.

⁶⁴⁶ A. PACE, « Ragionevolezza abnorme... », art. cit., p. 112 ; P. PINNA, « L'*emergenza*... », art. cit., p. 611, ID, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale...*, *op. cit.*, p. 134 ; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padoue, Cedam, 1986, p. 262 ; ID, « *Emergenza* che trovi, Costituzione che vuoi ? », *Giur. cost.*, I, 1989, p. 2126 ; A. PISANESCHI, « Le sentenze di “costituzionalità provvisoria” e di “incostituzionalità non dichiarata” la transitorietà nel giudizio costituzionale », *Giur. cost.*, II, 1989, p. 617-618 ; Ce dernier auteur voit dans l'arrêt n° 15 de 1982 un arrêt d'intégration ou de “révision constitutionnelle” puisqu'il légitime la suspension de la norme constitutionnelle. Sur le danger de cette vision, L. CARLASSARE, « Una possibile lettura... », art. cit., p. 102-104. P.-G. GRASSO, S. ILLARI, « Questione di teoria generale... », art. cit., p. 104. G. MARAZZITA, « La legislazione dell'*emergenza* nella giurisprudenza costituzionale : il Parlamento fra abuso

savoir si une norme législative (après sa conversion, sinon gouvernementale à l'origine) – même d'*emergenza* – peut suspendre les dispositions constitutionnelles dans le silence de la Constitution, et en conséquence, à la question du fondement et de l'étendue de la limitation des droits constitutionnels en Italie ⁶⁴⁷.

Cette interprétation présente, pour l'auteur, l'intérêt de s'assurer qu'en admettant le jugement de constitutionnalité sur la base d'une *ragionevolezza anormale*, la Cour reconnaît que le délai de détention préventive, tel qu'applicable après l'entrée en vigueur de l'article 10, est excessif, mais elle le tolère en raison de l'*emergenza*. Autrement dit, la Cour recherche une *ragionevolezza* spécifique parce qu'elle admet qu'en l'espèce, un examen en vertu de la *ragionevolezza* ordinaire conduirait automatiquement à une censure de la disposition.

Elle valide donc cet écart de la normalité constitutionnelle pour permettre la résolution de la fameuse situation d'*emergenza*. La Cour est, autrement dit, pleinement consciente de ce qu'elle est en train de valider : une mesure qui, si elle venait à être toujours appliquée alors que les faits justifiant et créant la situation d'*emergenza* ont disparu, serait considérée inconstitutionnelle. Et c'est d'ailleurs pour cela qu'elle insiste sur le caractère temporaire de la situation d'*emergenza* et, en conséquence, de la législation qui lui est destinée. Ce n'est donc qu'au prix d'une *ragionevolezza spécifique* que la prolongation de la durée de détention excessive est justifiée ⁶⁴⁸.

Cette thèse, soutenue principalement par A. Pace, présente effectivement l'avantage de la clarté et de la sécurité, à l'inverse de la première exposée, centrée sur la *ragionevolezza ordinaria*, qui place les décisions de la Cour sous le signe de l'aléa de la situation et de l'élasticité de la lecture des paramètres constitutionnels, laissant de la sorte la porte ouverte au législateur pour réduire les droits et les garanties constitutionnels selon les faits et, à terme, sous réserve de la validation systématique de ce type de mesure par la Cour constitutionnelle, à la diminution de l'État de droit.

Cependant, que l'*emergenza* altère le contrôle de *ragionevolezza*, suspende les normes constitutionnelles, incite à une interprétation super-extensive de ces dernières, ou enfin, instaure une hiérarchie de ces mêmes normes ⁶⁴⁹, l'*emergenza* née de l'intensité de l'activité terroriste a guidé, à chaque étape, le contrôle de la Cour

della straordinarietà e ordinarietà straordinaria », in A. Ruggeri (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Naples, ESI, p. 185.

⁶⁴⁷ Nous renvoyons aux développements du Chapitre 2-Titre 1^{er} et du Chapitre 1^{er} du présent Titre.

⁶⁴⁸ A. PACE, « Ragionevolezza abnorme... », art. cit., p. 111.

⁶⁴⁹ V., pour ces deux dernières hypothèses, les développements de J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel...*, op. cit., p. 285 et s.

pour l'inciter à valider une réduction conséquente de la sphère de la liberté individuelle. Cette attitude de la *Consulta* est restée un cas isolé dans sa jurisprudence. Depuis l'arrêt n° 15 de 1982, elle n'a plus été amenée à se prononcer sur une disposition antiterroriste liée à une situation d'*emergenza*.

À des degrés divers, l'urgence ou l'*emergenza* inhérente au terrorisme conditionne la lecture des dispositions législatives par les juges constitutionnels, en invitant ces derniers à une tolérance de principe. Les trois décisions étudiées soulignent la place de l'urgence dans le raisonnement et peuvent s'interpréter *a contrario*. En l'absence d'urgence, le Tribunal constitutionnel espagnol n'aurait pu admettre une modulation de l'intervention de l'autorité judiciaire par la loi organique 9/1984, le Conseil constitutionnel n'aurait pas admis les perquisitions de nuit et, enfin, la Cour constitutionnelle se serait trouvée dans une situation bien embarrassante pour valider la prolongation de la détention préventive dans des proportions exceptionnelles.

Conclusion du chapitre 2

L'évidence des motifs et la légitimité que le législateur tire de son action contre le terrorisme emportent, ainsi, la conviction des juges constitutionnels, qui valident les dispositions limitatives des droits fondamentaux. Le cadre du contrôle des juges constitutionnels imposé par le fait de terrorisme laisse effectivement transparaître leur impossibilité à remettre en question les aménagements des droits fondamentaux justifiés par les caractéristiques du terrorisme et l'urgence qu'il crée dans les ordonnancements.

Cette attitude est impulsée par leur reconnaissance de la nécessité, pour le législateur, de mettre en place des règles adaptées au phénomène. La logique veut effectivement qu'après avoir admis que la protection de l'ordonnancement passait par une limitation des droits fondamentaux spécifique, ils se trouvent fortement conditionnés, pour valider ces limitations en l'absence d'excès de l'appréciation du pouvoir législatif et en présence de discriminations justifiées convenablement, par la singularité du phénomène.

Conclusion Titre 2

La liberté dont les législateurs disposent pour aménager les règles ordinaires, afin de les adapter à la lutte contre le terrorisme, conditionne le contrôle de constitutionnalité des lois. La légitimité que le législateur tire de son action contre le phénomène justifie, dans une large mesure, les limitations plus importantes qu'il apporte au régime des droits fondamentaux.

C'est ainsi, à travers le support normatif visant à le combattre, que le terrorisme prolonge ses effets sur le contrôle même de constitutionnalité, en s'infiltrant parmi les paramètres que le juge constitutionnel prend en considération pour développer l'examen de constitutionnalité, au point d'en devenir un paramètre dominant.

La singularité du terrorisme incite alors le juge constitutionnel à valider une autre lecture des droits fondamentaux. Que ce soit au travers de ses caractéristiques ou de l'urgence avec laquelle il est susceptible de devoir être combattu, le terrorisme revisite différentes facettes de l'exercice des droits fondamentaux.

Par les déclarations de constitutionnalité, le juge constitutionnel dessine ainsi les frontières d'un droit du terrorisme en confirmant au législateur ce qu'il lui est possible de prévoir en la matière. Les *bases* de la législation antiterroriste se trouvent de la sorte légitimées par la validation de constitutionnalité.

Conclusion de la Première Partie

Le modelage du contrôle de constitutionnalité par le fait de terrorisme s'impose au juge constitutionnel qui ne peut le remettre fondamentalement en question. Face à l'influence du terrorisme sur le contrôle, contre laquelle il ne peut lutter, le juge constitutionnel adopte une attitude qui révèle une certaine passivité.

Ce nouvel espace de contrôle de constitutionnalité conduit le juge constitutionnel à rendre un contrôle nécessairement tolérant, qui ne doit pas surprendre, tant cela n'est que l'expression de la spécificité du phénomène qui transcende l'approche législative qui en est faite et, en conséquence, le contrôle de constitutionnalité lui-même.

Se dégage ainsi un large domaine rempli de légitimité : l'action législative contre le terrorisme est légitime au regard de l'objet pernicieux contre lequel il faut lutter, au risque de voir les fondements de l'État remis en cause ; la légitimité de l'action législative impacte le contrôle de constitutionnalité ; la validation du choix législatif pour lutter contre le terrorisme par le juge constitutionnel légitime la mesure adoptée.

Or, dans cet espace, la question des limites de la lutte contre le terrorisme doit être posée, car sous couvert de légitimité, des dérives sont aisément perceptibles : le fait de terrorisme pourrait justifier n'importe quel aménagement de l'exercice des droits fondamentaux et anéantir, de la sorte, le contrôle du juge constitutionnel. En outre, sa définition n'étant pas cantonnée précisément, le régime dérogatoire créé pour le terrorisme pourrait être appliqué de manière extensive, et surtout, injustifiée. Ce serait alors le concept même de démocratie qui se trouverait à la recherche d'une nouvelle légitimité.

Il est donc heureux de constater que, dans ce contrôle à la fois adapté au terrorisme et infiltré par le terrorisme, le juge constitutionnel parvient, néanmoins, à exploiter l'espace restreint dans lequel il a été placé pour encadrer, dans des conditions difficiles, la législation antiterroriste. Ainsi, le juge constitutionnel assure la préservation du contrôle de constitutionnalité *malgré le fait de terrorisme*.

Seconde Partie :

Un contrôle de constitutionnalité difficilement préservé par le juge constitutionnel

La jurisprudence constitutionnelle relative à la législation antiterroriste démontre que le juge constitutionnel dispose d'une réelle capacité pour reprendre la main sur l'examen qu'il doit conduire. Il adopte, ici, une attitude dynamique, qui tranche avec une certaine passivité exprimée à l'endroit du modelage du contrôle de constitutionnalité imposé par le fait de terrorisme et son appréhension législative.

Ce regain de dynamisme du juge constitutionnel se situe aisément dans son souci d'exercer pleinement sa mission, en encadrant la législation antiterroriste au plus près des frontières de la démocratie.

Ainsi, tout en validant les bases de la législation antiterroriste au cours d'un contrôle adapté et infiltré par le terrorisme, le juge constitutionnel trouve l'espace nécessaire pour maîtriser, à son tour, le fait de terrorisme et ne pas lui laisser *tout* justifier dans l'ordonnancement. En somme, si le terrorisme dessine les contours du contrôle, le juge constitutionnel prouve lui aussi sa capacité à dessiner les contours de la législation antiterroriste. Une relation d'équilibre se crée ainsi pour que la démocratie ne soit pas le lieu de dérives liberticides.

Pour ce faire, le juge constitutionnel n'a pas recours à des procédés de contrôles nouveaux ou méconnaissant les limites de ses compétences. Au contraire, il utilise l'ensemble des outils classiques de contrôle. Cette action lui permet ainsi d'intervenir sur de nombreux aspects de la législation antiterroriste, en indiquant au législateur la voie à suivre pour que la lutte contre ce phénomène s'insère respectueusement dans l'État de droit qu'il a pour but de protéger. Le maintien efficace et concret de la législation antiterroriste s'exprime ainsi par un resserrement de la contrainte de constitutionnalité (**Titre 1**).

Cependant, il arrive parfois que ce resserrement ne puisse être opéré avec la même intensité. La jurisprudence constitutionnelle sur la législation antiterroriste laisse, en effet, entrevoir des signes de repli de l'étreinte de constitutionnalité, qui exprime une modulation du contrôle dans des frontières démocratiques elles-mêmes ondulantes. Bien que cela s'exprime de manière assez aiguë ces dernières années, des décisions plus anciennes laissaient déjà entrevoir quelques signes de variation. Cet

autre mouvement du contrôle de constitutionnalité se justifie ainsi par la volonté du juge d'exercer son office conformément à la conception traditionnelle de la justice constitutionnelle. Dans ce contexte, le juge constitutionnel, même en situation de repli, parvient toujours à maintenir la législation antiterroriste dans un cadre démocratique (**Titre 2**).

Titre 1 :

Le resserrement de la contrainte de constitutionnalité

Le juge constitutionnel se réapproprie l'exercice de son contrôle en se servant des moyens traditionnels qu'il a l'habitude de manipuler dans le cadre du contentieux constitutionnel des lois.

Il profite ainsi de l'examen de chaque disposition – que celle-ci soit en voie d'être déclarée constitutionnelle ou inconstitutionnelle – pour insérer dans ses considérants des éléments essentiels à la lecture constitutionnelle des lois antiterroristes.

Grâce à une utilisation optimale des techniques de contrôle, qui s'exprime par un resserrement de la contrainte de constitutionnalité, le juge constitutionnel a pu, d'une part, ébaucher les contours d'une définition du terrorisme (**Chapitre 1**) et, d'autre part, appliquer de manière solide les principes essentiels protecteurs des droits et libertés à la législation antiterroriste, et assurer, par ainsi, le renforcement des garanties de ces droits et libertés (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 :

L'encadrement de la notion d'infraction de terrorisme

La définition juridique donnée au terrorisme reflète la difficulté, voire l'impossibilité, de cerner précisément ce phénomène variable et mouvant dans l'espace et dans le temps. La définition proposée par le législateur englobe ainsi un certain nombre de comportements variés, qui entretiennent avec le terrorisme des rapports plus ou moins direct. Certains, en effet, reflètent parfaitement la violence des manifestations terroristes et leur impact dans la société. D'autres, à l'inverse, représentent la *face cachée* du terrorisme, dès lors qu'ils constituent des actes préparatoires à des attentats ou des moyens de protéger les terroristes une fois les attentats perpétrés.

La vigilance s'impose face à une définition à large spectre, d'autant plus que la qualification terroriste d'une infraction déclenche la mise en œuvre de toute une série de règles dérogatoires au droit commun, particulièrement restrictives des droits fondamentaux.

La Cour constitutionnelle italienne n'a jamais rendu de décision relative à la définition législative du terrorisme bien que celle-ci soit apparue à la fin des années soixante-dix.

En revanche, le Conseil constitutionnel français et le Tribunal constitutionnel espagnol ont été amenés, dans le cadre d'un contrôle abstrait de constitutionnalité, à ébaucher les contours de la notion de terrorisme, telle que dégagée par le législateur. Bien que ces décisions restent des cas isolés dans le champ du contrôle de constitutionnalité des lois antiterroristes, elles représentent un intérêt certain en raison de l'application particulièrement affûtée des normes constitutionnelles à laquelle chaque juge constitutionnel s'est livré.

Saisis dans des contextes différents, les deux juges constitutionnels ont recentré la notion de terrorisme autour des caractéristiques essentiels du phénomène qui se dégagent des normes en vigueur (**Section 1**) et ont opté pour une vision très réaliste de la qualification terroriste, au regard du régime procédural qui lui est consacré et de son impact sur les droits fondamentaux (**Section 2**).

Section 1 : Une conception jurisprudentielle recentrée de la notion de terrorisme

Face à une volonté du législateur de *parer tous les coups*, ce dernier a tendance à concevoir la notion de terrorisme de manière large, en procédant régulièrement à son actualisation au vu de l'évolution du phénomène (§ 1). Le Conseil constitutionnel et le Tribunal constitutionnel ont examiné l'élargissement de la notion pour en préciser les éléments caractéristiques, afin de trancher la question soulevée par les requérants (§ 2).

§ 1 – La conception législative extensive de l'infraction de terrorisme

Le mouvement d'extension qu'ont connu les définitions des infractions de terrorisme dans les ordonnancements, au fil des attentats, soulève des doutes quant à la constitutionnalité des législations antiterroristes. Bien que cette tendance ne soit que le reflet de la volonté de mieux lutter contre ce phénomène en rédigeant les textes de manière assez large pour embrasser un grand nombre de comportements *à risques*, il est cependant essentiel que les incriminations de terrorisme respectent une certaine cohérence. Or, le législateur a souvent tendance à assimiler certains comportements à des actes de terrorisme, alors que le rapport entre ces actes n'est pas toujours évident.

Ainsi, dans la décision n° 96-377 DC ⁶⁵⁰, le Conseil constitutionnel a examiné l'infraction de terrorisme telle que modifiée par le législateur, suite à l'insertion de nouveaux comportements dans la liste des infractions *supports* de l'acte de terrorisme ⁶⁵¹ (A). Dans la décision 199/1987 ⁶⁵², le Tribunal constitutionnel a abordé la question du contenu de la notion de terrorisme au travers de la formulation du champ d'application de la loi organique 9/1984 (B).

⁶⁵⁰ *Cons. const.* n° 96-377 DC du 16 juillet 1996.

⁶⁵¹ Sur la notion d'infraction support, cf. *supra*, Titre 1^{er} de la première Partie.

⁶⁵² *STC* 199/1987 du 26 décembre.

A. L'infraction de terrorisme soumise au Conseil constitutionnel

Dans l'optique de renforcer la répression du terrorisme, la loi du 22 juillet 1996⁶⁵³, adoptée moins d'un an après la vague d'attentats terroristes perpétrés sur le sol français⁶⁵⁴, a opéré un élargissement de la notion d'infraction de terrorisme. L'article 1^{er} du texte législatif a ainsi prévu l'ajout de plusieurs incriminations à la liste de l'article 421-1 du code pénal, afin que de nouveaux comportements puissent être qualifiés d'actes de terrorisme et réprimés en tant que tels.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 92-686 du 22 juillet 1992⁶⁵⁵, portant révision du code pénal, la répression du terrorisme en France se fait sur la base de nouveaux articles insérés dans un Titre spécifique intitulé, « *Du terrorisme* »⁶⁵⁶. Parmi ces articles, le premier d'entre eux, l'article 421-1, est l'article de référence en la matière car il délimite l'infraction de terrorisme⁶⁵⁷. La rédaction de l'article 421-1 du code pénal a évolué au fil des années. Le principe de sa construction est toutefois très clair : le législateur dispose que : « Constituent des actes de terrorisme, lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, les infractions suivantes [...] ». L'article énumère ensuite diverses catégories d'infractions de droit commun de manière générale et renvoie, si besoin, à

⁶⁵³ Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996, *J.O.* 23 juillet 1996, p. 11104. La loi avait pour objet principal la répression du terrorisme, mais elle comportait, aussi, un deuxième chapitre, consacré aux atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public, et un troisième chapitre relatif à la police judiciaire. L'intitulé exact reflétait ces trois volets : loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.

⁶⁵⁴ Il s'agit notamment des attentats, à Paris, à la station Saint-Michel, le 25 juillet 1995 (explosion d'une bonbonne de gaz dans un wagon du RER ; huit morts et 150 blessés, dont onze personnes amputées), de celui de la station de métro Maison Blanche, le 6 octobre 1995, jour des obsèques de Khaled Kelkal (explosion d'une bonbonne de gaz recouverte de rubans adhésifs et dissimulée dans une poubelle, au moment où les forces de police installent un périmètre de sécurité ; 18 blessés dont 9 fonctionnaires), et de celui du RER de la station Musée d'Orsay, le 17 octobre 1995 (explosion d'une bonbonne dans un wagon ; 26 blessés dont sept grièvement). Ces attentats ont tous été revendiqués par le Groupe islamique armé algérien (GIA), qui avait décidé de punir la France, d'une part, pour son soutien au régime d'Alger, et d'autre part, pour venger le commando qui avait été tué à Marseille par le GIGN, lors du détournement de l'airbus d'Air France en décembre 1994.

⁶⁵⁵ Loi n° 92-686 du 22 juillet 1992, portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et des délits contre la nation, l'État et la paix publique (Livre IV).

⁶⁵⁶ Ces textes sont entrés en vigueur le 1^{er} mars 1994, avec l'ensemble des dispositions du nouveau code pénal (cf. loi n° 93-913 du 19 juillet 1993).

⁶⁵⁷ Cet article ne constitue pas une avancée notable contrairement à ce que les rapports parlementaires élaborés au cours de la procédure de réforme du code pénal avaient pu laisser penser. Il est en effet la simple transposition de l'article 706-16 du code de procédure pénale, premier texte à réprimer le terrorisme en France, inséré par la loi du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État (*J.O.*, 10 septembre 1986, 59194), cf. *supra*, premier Titre de la première Partie.

des livres ou à des séries d'articles du code pénal ou de lois incriminant déjà certains de ces comportements ⁶⁵⁸.

En vertu de l'article 1^{er} de la loi du 22 septembre 1996, les nouveaux comportements susceptibles de constituer une infraction de terrorisme étaient les suivants ⁶⁵⁹ : les délits relatifs aux groupes de combats ou aux mouvements dissous, définis par les articles 431-13 à 431-17 du code pénal ; les infractions relatives aux faux, définies par les articles 441-2 à 441-5 ⁶⁶⁰ ; l'infraction d'assistance à un terroriste de l'article 434-6 ⁶⁶¹ ; la fabrication ou le commerce, sans autorisation, d'arme des sept premières catégories et la détention sans autorisation d'armes de guerre ou d'armes à feu de défense (soit de la première ou de la quatrième catégorie) ; le recel du produit de l'une des infractions visées par l'article 421-1 du code pénal.

Conformément à la structure binaire de l'infraction de terrorisme en France, l'ensemble de ces actes ne recevait, toutefois, la qualification d'infraction de terrorisme que dans la mesure où la finalité poursuivie par l'auteur était constituée ⁶⁶².

⁶⁵⁸ Pour une présentation détaillée de cet article et de l'infraction de terrorisme en France, cf. *supra*, chapitre 1^{er} du Titre 1^{er} de la première Partie.

⁶⁵⁹ Avant l'adoption de la loi du 22 septembre 1996, l'article 421-1 réprimait les actes suivants : « 1°) Les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, l'enlèvement et la séquestration, ainsi que le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport, définis par le livre II du [code pénal] ; 2°) Les vols, les extorsions, les destructions, dégradations et détériorations, ainsi que les infractions en matière informatique, définis par le livre III du [code pénal] ; 3°) La fabrication ou la détention de machines, engins meurtriers ou explosifs, définies à l'article 3 de la loi du 19 juin 1871, qui abroge le décret du 4 septembre 1870 sur la fabrication des armes de guerre ; - la production, la vente, l'importation ou l'exportation de substances explosives, définies à l'article 6 de la loi n° 70-575 du 3 juillet 1970 portant réforme du régime des poudres et substances explosives ; - l'acquisition, la détention, le transport ou le port illégitime de substances explosives ou d'engins fabriqués à l'aide desdites substances, définis à l'article 38 du décret-loi du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions ; - la détention, le port et le transport d'armes et de munitions des première et quatrième catégories, définis aux articles 31 et 32 du décret-loi précité ; - les infractions définies aux articles 1^{er} et 4 de la loi n° 72-467 du 9 juin 1972 interdisant la mise au point, la fabrication, la détention, le stockage, l'acquisition et la cession d'armes biologiques ou à base de toxines. »

⁶⁶⁰ Les articles 441-2 à 441-5 du code pénal français prévoient que pourra constituer l'acte support d'une action terroriste, le recel de documents administratifs, le faux commis dans un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation et son usage (441-2), la détention frauduleuse de faux (441-3), le faux commis dans une écriture publique ou authentique ou dans un enregistrement ordonné par l'autorité publique et son usage (441-4), et le fait de procurer frauduleusement à autrui un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation (441-5).

⁶⁶¹ L'article 434-6 du code pénal français incrimine le fait de fournir à la personne auteur ou complice d'un crime ou d'un acte de terrorisme puni d'au moins dix ans d'emprisonnement, un logement, un lieu de retraite, des subsides, des moyens d'existence ou tout autre moyen de la soustraire aux recherches ou à l'arrestation, exception faite lorsque ceux qui fournissent l'aide sont les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou complice du crime ou de l'acte de terrorisme, ou le conjoint de l'auteur ou du complice du crime ou de l'acte de terrorisme, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui.

⁶⁶² Sur la structure de l'infraction de terrorisme, cf. *supra*, chapitre 1^{er} du Titre 1^{er} de la première Partie.

Cependant, ce n'est pas la totalité de l'article 1^{er} de la loi qui a été critiquée par les saisines parlementaires devant le Conseil constitutionnel, mais un seul de ses alinéas. En effet, pour compléter l'élargissement de l'incrimination, l'article 1^{er} de la loi du 22 juillet 1996 prévoyait, outre les dispositions déjà mentionnées, d'insérer dans la liste de l'article 421-1, le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger, défini à l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ⁶⁶³. En vertu de cette prévision, dès lors que l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger était réalisée intentionnellement, en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, elle constituait un acte de terrorisme ⁶⁶⁴.

L'intention du Gouvernement d'élargir l'incrimination de terrorisme était manifeste dans cette nouvelle loi. Elle se justifiait par la volonté de réprimer aussi bien les actes terroristes à proprement parler que le soutien logistique facilitant la préparation des attentats et la protection de leurs auteurs ⁶⁶⁵, suite au constat que la prise en charge matérielle, par des tiers, des terroristes en séjour irrégulier en France favorisait l'aboutissement de leurs actions ⁶⁶⁶ en leur permettant de se procurer des

⁶⁶³ Article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (extrait) : « 1°) Toute personne qui, alors qu'elle se trouvait en France, aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 200 000 francs [...] ».

⁶⁶⁴ L'article 25 de la loi déferée complétait l'article 21 de l'ordonnance de 1945, et influençait, en conséquence, le champ de l'infraction de l'article 421-1 du code pénal. Il ajoutait un 3°) : « Sans préjudice de l'article 19, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement du présent article l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait : 1°) d'un ascendant ou d'un descendant de l'étranger ; 2°) du conjoint de l'étranger, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément. » Cet article a, lui aussi, fait l'objet de critiques dans les saisines et le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur sa validité dans sa décision n° 96-377 DC en le déclarant constitutionnel.

⁶⁶⁵ Sur ce point, on peut toutefois regretter le choix du législateur d'insérer l'incrimination des infractions obstacles dans la liste de l'article 421-1 du code pénal. Ce choix, en effet, installe une confusion dans la présentation globale de l'infraction de terrorisme au sein du code pénal. Avant la loi de 1996, on distinguait l'infraction « violente » de l'article 421-1 de l'infraction de terrorisme biologique, créée *ex-nihilo*. Mais la loi a semé la confusion, en insérant un nouvel article 421-2-1, consacré à la participation à une association terroriste et à certains actes, donc, préparatoires au sein de l'article principal. Ainsi, la disposition sur les groupes de combat et les mouvements dissous s'explique par le fait que ces structures peuvent poursuivre leur activité même si elles ont été dissoutes et interdites. Les infractions des articles 434-6 (assistance à un terroriste) et 441-2 à 441-5 (faux et usage de faux) se comprennent aussi aisément et s'insèrent dans cette logique d'extension du champ d'application de l'infraction, puisque souvent, les auteurs d'actes terroristes possèdent de faux documents (passeport ou carte d'identité ou carte de séjour), grâce auxquels ils peuvent circuler librement sur le territoire. C'est donc une disposition importante du dispositif anti-terroriste, et lorsque ces actes sont réalisés en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, ils recevront la qualification d'acte de terrorisme. Il en va de même pour l'assistance qui peut être offerte aux terroristes ou à leurs complices, sans laquelle leur action serait plus difficile à organiser et à perpétrer. Cf. *supra*, chapitre 1^{er} du Titre 1^{er}, première Partie.

⁶⁶⁶ La motivation gouvernementale ne naissait pas d'une simple supposition mais du constat de l'existence de véritables réseaux assurant cette prise en charge, cf. Observations du Gouvernement en réponse aux saisines parlementaires, *J.O.*, 23 juillet 1996, p. 11117 et D. RICHARD, « Le Conseil constitutionnel face au

faux papiers, de changer d'identité, de se cacher, de trouver les matières pour fabriquer bombes et explosifs, d'avoir un moyen de locomotion et toute autre chose encore. Il devenait donc évident, pour le Gouvernement, que la lutte contre le terrorisme devait porter sur l'auteur principal, mais aussi sur celui qui participait au dispositif et qui rendait possible la protection du terroriste contre l'intervention immédiate de la police ou de la justice.

Cette insertion au sein de l'article 421-1 du code pénal a fait l'objet de longs débats parlementaires, contrairement aux autres dispositions de l'article 1^{er} de la loi déferée ⁶⁶⁷. En effet, l'opposition a tout de suite mis en évidence la confusion que créait la disposition litigieuse entre la législation antiterroriste et celle des étrangers, en assimilant l'aide à un étranger en situation irrégulière à un acte de terrorisme. Elle a aussi longuement insisté sur le fait que ce lien de causalité était susceptible d'alimenter toute sorte de suspicions illégitimes, dans l'opinion publique et dans la pratique policière ⁶⁶⁸.

Avec tant de controverses lors des séances au sein des Chambres, les deux saisines parlementaires ont logiquement contesté l'insertion du délit d'aide à l'entrée, au séjour et à la circulation irréguliers d'un étranger, défini par l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, dans la liste des agissements susceptibles d'être qualifiés d'infractions de terrorisme, opérée par l'article 1^{er} de la loi du 22 juillet 1996. Les requérants ont profité de ce recours pour remettre en cause la constitutionnalité de l'article 21 de l'ordonnance de 1945, dont le champ d'application se trouvait être modifié par l'article 25 de la loi déferée ⁶⁶⁹. Les saisines invoquaient la méconnaissance du principe de dignité humaine, du principe de

renforcement de la répression du terrorisme (à propos de la décision du 16 juillet 1996) », *Gaz. Pal.*, 1997, p. 364.

⁶⁶⁷ B. MERCUZOT, « Commentaires sous la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1996 », *D.*, 1997, II, p. 71.

⁶⁶⁸ Lettre de saisine des sénateurs, *J.O.*, 23 juillet 1996, p. 11111. La doctrine a, elle aussi, relevé cette assimilation gênante : cf. B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle – Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 », *L.P.A.*, n° 144, 1996, p. 5 ; B. MERCUZOT, « Commentaires... », art. cit., p. 71 ; C. TEITGEN-COLLY et F. JULIEN-LAFFERIERE estiment qu'outre la volonté de poursuivre la constitutionnalisation du droit et de la procédure pénale, la loi vise « au premier chef les étrangers », et ils considèrent que le Conseil, lors de l'examen de cette loi, a dû se prononcer une nouvelle fois sur le droit des étrangers alors que l'objet de la loi ne le laissait pas penser. Les auteurs rappellent d'ailleurs, sur ce point, que le statut constitutionnel pour les étrangers a commencé à prendre forme avec la « Loi Pasqua », relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France et la décision du Conseil n° 93-325 DC du 13 août 1993 (« Contrôle de constitutionnalité – Jurisprudence », *A.J.D.A.*, 1997, p. 89).

⁶⁶⁹ L'article 25 de la loi déferée avait pour objet de limiter le champ d'application de l'article 21 de l'ordonnance de 1945. Le Conseil pouvait donc procéder à l'examen de ce dernier en vertu de sa décision n° 85-158 DC du 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, depuis laquelle il est acquis que « la régularité au regard de la Constitution d'une loi déjà promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ».

légalité des délits et des peines, du principe de nécessité des peines et du principe d'égalité devant la loi pénale.

Malgré ces fondements distincts, dans la décision n° 96-377 DC, le Conseil constitutionnel a toutefois examiné l'élargissement de l'infraction de terrorisme à la seule lueur du principe de nécessité des peines, argument d'ailleurs commun aux deux saisines parlementaires ⁶⁷⁰.

L'argumentation des sénateurs et des députés, au regard du principe de la nécessité des peines ⁶⁷¹, se basait sur le constat que toute personne qui apportait une aide à l'auteur d'un acte de terrorisme pouvait déjà être poursuivie au titre de dispositions existantes relatives à la complicité ⁶⁷². Les requérants démontraient ainsi qu'une nouvelle incrimination s'avérerait inutile, puisque l'aide intentionnelle apportée à un terroriste pouvait déjà être punie. Les sénateurs soulignaient d'ailleurs que les peines associées au délit de complicité étaient plus graves que celles prévues pour le délit inséré à l'article 421-1 du code pénal. À leur sens, il était alors surprenant d'agir dans un but de préservation de la défense et de l'ordre public suivant une volonté de renforcement des sanctions, en fournissant avec cette insertion, un moyen de les alléger. Les requérants concluaient qu'il ne s'agissait « que de créer une incrimination superflue, à des fins exclusivement politiques sur un sujet douloureusement sensible » ⁶⁷³.

En revanche, les saisines soulignaient que si le législateur avait pour intention de réprimer d'autres comportements, ceux-ci n'étaient pas déterminés de manière suffisante par le texte de loi et c'était alors le principe de légalité des délits et des peines qui s'en trouvait violé ⁶⁷⁴. En résumé, « sous quelque angle qu'on l'envisage [...] la liaison opérée entre l'ordonnance de 1945 et la répression du terrorisme, très

⁶⁷⁰ Plus justement, le Conseil constitutionnel a répondu à l'ensemble de ces griefs en respectant la formulation des saisines. Concrètement, il a donc examiné, dans un premier temps, l'élargissement de l'infraction de terrorisme à la lueur du seul principe de nécessité des peines puis, dans un second temps, il a analysé la constitutionnalité de l'article 21 de l'ordonnance de 1945 et de la modification de son champ d'application par l'article 25 de la loi en examen, au regard des principes de sauvegarde de la dignité humaine, de légalité des peines et d'égalité. Cf. *Cons. const.* n° 96-377 DC, cons. n° 10 à 13.

⁶⁷¹ Pour THIERRY S. RENOUX, les saisines ont, « une nouvelle fois », confondu le principe de nécessité des infractions, fixé, à son sens, par l'art. 5 DDHC et le principe de nécessité des peines résultant de l'art. 8 (cf. « Observations sous C.C. déc. n° 96-377 DC », *R.F.D.C.*, 1996, p. 811).

⁶⁷² *Cons. const.* n° 96-377 DC, 16 juillet 1996, cons. n° 5.

⁶⁷³ Lettre de saisine des sénateurs, *J.O.* 23 juillet 1996, p. 11112.

⁶⁷⁴ Les sénateurs estiment que si les agissements qui peuvent relever du 4°) de l'article 421-1 n'ont pas pu être réprimés sur la base de la complicité ou de l'association de malfaiteurs, « alors ce ne pourrait être que grâce aux coupables facilités qu'offre la rédaction extrêmement large et imprécise de l'article 21 de l'ordonnance de 1945, ce qui ferait resurgir l'atteinte au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines », Lettre de saisine des sénateurs, *J.O.* 23 juillet 1996, p. 11112. V. aussi B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle – Décision n° 96-377... », art. cit., p. 6.

choquante en elle-même, viole, selon l'interprétation qu'on en fait, soit l'article 7, soit l'article 8 de la Déclaration de 1789, quand ce n'est les deux simultanément »⁶⁷⁵.

Il revenait donc au Conseil constitutionnel de trancher la question de savoir si le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger, défini à l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, avait sa place dans la liste des comportements susceptibles d'être qualifiés d'actes de terrorisme au titre de l'article 421-1 du code pénal.

Une question similaire s'est posée au Tribunal constitutionnel espagnol au regard des délits de rébellion et d'apologie.

B. La notion de terrorisme soumise au Tribunal constitutionnel

Le rapport entre le terrorisme et le territoire espagnol est à la fois unique et ancien. Malgré une connaissance du phénomène depuis de nombreuses décennies, la lutte contre le terrorisme a fait l'objet de différentes lois, qui sont parfois restées indépendantes du code pénal et, d'autres fois, y ont été intégrées.

À compter de l'adoption de la nouvelle Constitution de 1978, la lutte contre le terrorisme s'est organisée sur la base de l'article 55-2 de la Constitution espagnole. Le législateur organique a ainsi amorcé la mise en place de toute une série de dispositions pour améliorer la protection de l'État contre les mouvements terroristes dans la loi organique 11/1980. Première loi adoptée sur le fondement constitutionnel spécifique à la lutte contre le terrorisme, ce texte ne résolvait pas la question du terrorisme de manière radicale.

Ainsi, lorsque le Gouvernement socialiste de Felipe Gonzales, au pouvoir depuis les élections d'octobre 1982, a été confronté à de nouveaux attentats, il a décidé d'agir en adoptant la loi organique 9/1984 du 26 décembre 1984⁶⁷⁶. Cette loi « contre les agissements des bandes armées et des éléments terroristes et d'application de l'article 55-2 de la Constitution », a été communément appelée *loi antiterroriste*.

L'objectif de la loi 9/1984 était clairement de mieux organiser la lutte contre un phénomène qui ne semblait pas disparaître du quotidien de la société espagnole. Le gouvernement a donc choisi de regrouper, au sein d'un même texte, l'ensemble des dispositions relatives à la protection de l'ordre constitutionnel, parmi lesquelles

⁶⁷⁵ Lettre de saisine des sénateurs, *J.O.* 23 juillet 1996, p. 11112.

⁶⁷⁶ Loi organique 9/1984 du 26 décembre 1984, dite « loi antiterroriste », *B.O.E.* n° 3 du 3 janvier 1985. Loi votée par les deux grandes formations politiques, le Parti socialiste ouvrier espagnol (P.S.O.E.) et la « *Coalición popular* », constituée par l'*Alianza popular* et le *Partido Democrata Popular*.

on trouvait les dispositions antiterroristes, éparpillées jusqu'à présent dans différents textes⁶⁷⁷. Ainsi, la loi organique 9/1984 a officiellement remplacé la loi organique 11/1980. Elle est devenue la loi *spéciale* sur la question du terrorisme, qui regroupait l'ensemble des dispositions pénales et procédurales en vigueur⁶⁷⁸.

Dans cet esprit, le champ d'application de la loi organique 9/1984 était fixé par son article 1^{er}, qui énumérait, dans un premier paragraphe, plusieurs catégories de personnes et, dans un second paragraphe, un certain nombre de comportements délictueux entraînant l'application de mesures procédurales dérogatoires au droit commun. La délimitation du champ d'application de la nouvelle loi a été jugée excessive au regard de la faculté offerte au législateur par l'article 55-2 de la Constitution espagnole par les Parlements basque et catalan, qui ont, en conséquence, déferé le texte au Tribunal constitutionnel.

Les personnes visées par la loi organique étaient celles « intégrées dans des bandes armées ou liées à des activités terroristes ou rebelles qui projettent, organisent ou exécutent les délits mentionnés au paragraphe suivant », les personnes qui « coopèrent » à ces activités, « qui incitent à y participer, qui dissimulent ceux qui y sont impliqués », et enfin, celles qui « font l'apologie de tels délits »⁶⁷⁹.

Le second paragraphe contenait une liste de délits⁶⁸⁰, relativement longue, parmi lesquels on pouvait lire, d'une part, à la lettre h), que la loi s'appliquait à toute

⁶⁷⁷ J. ALMAGRO NOSETE, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, Centro de estudios Ramon Aceres, 1996.

⁶⁷⁸ J.-L. DE LA CUESTA, « Traitement juridique du terrorisme en Espagne », R.S.C., 1987, p. 592. Cette présentation, quelque peu éparse, de l'infraction de terrorisme, explique en partie le fait que l'on n'ait pas parlé, jusqu'à la rédaction du nouveau code pénal en 1995, d'infraction de terrorisme en Espagne. C'est un concept plus générique de terrorisme qui a été privilégié. Il se définissait par déduction : le terrorisme était l'ensemble des activités réalisées par des bandes armées et des éléments terroristes, ou les actes réalisés par l'ensemble des personnes appartenant à des bandes armées ou des groupes terroristes. Cette conception, essentiellement matérialiste et structurelle, avait été confortée par la décision du Tribunal constitutionnel 25/1981.

⁶⁷⁹ Cf. loi organique 9/1984, article 1^{er}, paragraphe 1^{er}. L'énumération se scinde en deux alinéas.

⁶⁸⁰ 11 catégories de délits étaient citées au second paragraphe de l'article 1^{er} de la loi organique 9/1984 dans l'ordre suivant : a) Délits contre la vie et l'intégrité des personnes ; b) Attentats contre l'autorité ou les agents de la force publique, les fonctionnaires publics et leurs familles ; c) Détentions illégales, séquestrations avec demande de rançon ou sous toute autre forme ou usurpation de fonctions publiques ; d) Attaques contre les établissements militaires et ceux des forces de l'ordre de l'État, de la police des Communautés autonomes et des organismes locaux, contre les installations et les centres de communications, les trains, les navires, les aéronefs, les automobiles, les édifices publics, les agences bancaires, les organismes de collecte, les marchés ou tout autre lieu dans lequel il est conservé une richesse, ainsi que les poudrinières, les armureries et les centres sanitaires ; e) Contraintes, menaces ou extorsions ; f) Incendies ou toute autre dégradation ; g) Délits contre le chef de l'État ou son successeur, contre les pouvoirs de la nation, contre la forme de gouvernement et délits contre la sécurité extérieure de l'État ; h) Rébellion ; i) Détention ou dépôt d'armes, de munitions ou d'explosifs, ainsi que l'acquisition, la fabrication, la manipulation, le transport ou la distribution/l'approvisionnement ; j) La constitution d'entités, d'organisations, de bandes ou de groupes afin de développer une activité terroriste ou rebelle, l'appartenance à ceux-ci et les actes de coopération et de collaboration à leurs activités ; k) Tout autre délit réalisé par les personnes citées au paragraphe 1^{er}, lorsque la réalisation de ces derniers contribue à l'activité

hypothèse de rébellion, et d'autre part, à la lettre k), que la loi devait également s'appliquer pour « tout autre délit réalisé par les personnes citées au paragraphe 1^{er}, lorsque la réalisation de ces derniers contribue à l'activité terroriste ou rebelle, tels que les délits connexes et ceux réalisés en coopération avec lesdites activités ou lesdits individus ».

Le contenu de l'article 1^{er} dégageait une certaine notion de terrorisme et fixait le champ d'application de l'ensemble de la loi organique, qui prévoyait, notamment, la suspension de certains droits fondamentaux, aux articles 13 à 18 du texte, conformément à la possibilité offerte au législateur organique par l'article 55-2 de la Constitution. Autrement dit, dès lors qu'une personne entraînait dans une des catégories énumérées au paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er} de la loi organique ou se rendait coupable des actes décrits au paragraphe 2, elle était susceptible de voir certains de ces droits fondamentaux suspendus. Il était donc essentiel que l'ensemble des prévisions de l'article 1^{er} puisse être rapprochées du concept d'« agissements de bandes armées et des éléments terroristes », mentionné à l'article 55-2 de la Constitution espagnole, pour que ce dernier soit respecté.

Par ailleurs, la loi organique créait une certaine confusion en consacrant des articles distincts visant à préciser les peines applicables à certains délits, mais, surtout, le contenu de ces délits déjà mentionnés à l'article 1^{er}.

Ainsi, une autre notion de terrorisme apparaissait à l'article 8 de la loi organique 9/1984. Selon la rédaction cet article ⁶⁸¹, les délits de terrorisme présentaient trois caractéristiques, à savoir :

- a) l'intégration dans une organisation terroriste, rebelle ou une bande armée ;
- b) la réalisation d'un quelconque des délits mentionnés au paragraphe 2 de l'article 1^{er}, lettre a) à h) ;
- c) l'utilisation d'armes à feu, de bombes, de grenades, de substances ou d'appareils explosifs ou incendiaires.

La notion de terrorisme, issue de la rédaction de l'article 8 de la loi organique divergeait de celle qui se dégageait de l'article 1^{er}. En effet, le champ d'application de la loi semblait être bien plus large que celui de l'article 8 pris isolément, alors que la

terroriste ou rebelle, tels que les délits connexes et ceux réalisés en coopération avec lesdites activités ou lesdits individus.

⁶⁸¹ Article 8 de la loi organique 9/1984 : « Délits de terrorisme ». 1. Celui qui, intégré au sein d'une organisation terroriste, rebelle ou une bande armée, réalise un quelconque des délits mentionnés aux alinéas a) à h) de l'article 1^{er}, en utilisant des armes à feu, des bombes, des grenades, des substances ou des appareils explosifs ou incendiaires de toute catégorie, quel que soit le résultat, sera puni par une peine de prison majorée dans son degré maximal [...]. »

loi organique était clairement dédiée à la question du terrorisme. L'article 1^{er} n'exigeait pas l'utilisation systématique d'armes à feu et autres moyens de destruction massive, et il mentionnait les personnes « intégrées dans des bandes armées ou liées à des activités terroristes ou rebelles », alors que l'article 8 se limitait aux individus « intégrés dans une organisation terroriste, rebelle ou dans une bande armée ». Les deux articles n'évoquaient donc pas un lien de même nature entre un individu et une organisation terroriste. Enfin, l'article 1^{er} envisageait la constitution, l'appartenance, la collaboration ou la coopération de bandes armées, ce qui était expressément exclu du champ d'application de l'article 8 ⁶⁸².

Ces différences ont soulevé des doutes quant à la notion de terrorisme choisie par le législateur. La question de savoir si le terrorisme *individuel* entraînait dans le champ d'application de la loi organique s'est ainsi immédiatement posée. La notion d'association terroriste retenue par le législateur ne ressortait pas clairement non plus. On ne savait pas si ce dernier avait voulu se limiter à une approche substantielle de l'association terroriste, faisant de l'appartenance à une telle association un critère déterminant, indispensable et préalable, à la commission des délits du second paragraphe, ou s'il avait voulu aller plus loin ⁶⁸³.

En outre, le législateur a choisi de consacrer un article spécifique à trois autres délits que sont l'intégration dans une bande terroriste ou rebelle, les délits de collaboration à des activités terroristes ou rebelles et l'apologie des délits mentionnés dans la loi ⁶⁸⁴.

Excepté pour les délits d'intégration dans une bande armée ou rebelle, pour lesquels l'article se contentait de préciser les peines applicables, les deux autres articles rappelaient ce qu'il fallait entendre par « actes de collaboration aux activités terroristes et rebelles » et « apologie ».

Ce découpage soulignait que le législateur voulait distinguer l'apologie d'un délit terroriste des délits de collaboration à une activité terroriste.

L'article 10 de la loi organique 9/1984 ⁶⁸⁵ précisait que constituaient des actes d'apologie :

⁶⁸² Article 1^{er} de la loi organique 9/1984, second paragraphe, lettre j.

⁶⁸³ C. LAMARCA PEREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1985, p. 207-210.

⁶⁸⁴ Des développements spécifiques leur étaient réservés dans un Chapitre III intitulé « des délits et peines » (art. 7 à 10) de la loi organique 9/1984.

⁶⁸⁵ Article 10, alinéa 2 de la loi organique 9/1984. L'alinéa 1^{er} mentionnait la peine du délit : L'apologie des délits prévus par la présente loi sera punie par une peine de prison « plus petite/moindre » et une amende de 150 000 à 750 000 pesetas. Dans l'hypothèse où le délit duquel l'apologie est faite est puni d'une peine de prison plus petite, la peine sera alors diminuée d'un degré. Les juges peuvent décider de la fermeture du

a) l'éloge ou l'approbation, par le biais de manifestation en public, des délits prévus par cette même loi ;

b) le soutien ou l'exaltation de la rébellion ou des activités propres aux organisations terroristes, groupes armés ou rebelles, ou des actes de leurs membres, à travers la publication et la diffusion, dans les moyens de communications, d'articles d'opinion, de reportages, de photographies, de communiqués et, d'une manière générale, tout autre moyen permettant la diffusion ;

c) le soutien ou l'adhésion à la rébellion ou aux organisations terroristes ou aux groupes armés ou rebelles ou à leurs activités ou à celles de leurs membres, à travers des discours, plaidoyers ou l'affichage de pancartes au cours de manifestations sur la voie publique ou autres lieux ouverts au public.

Le concept d'apologie, dont la définition était précisée à l'article 10 du texte et auquel l'article 1^{er} se référait pour préciser le champ d'application de la loi organique, était donc très vaste et général. Il s'insérait dans la logique extensive du concept édicté par les différentes réformes antiterroristes ⁶⁸⁶.

En outre, cette incrimination d'apologie d'actes de terrorisme ne venait pas combler un vide juridique. À l'inverse, elle venait s'ajouter à d'autres définitions contenues dans le code pénal ou dans d'autres textes qui n'avaient pas été officiellement abrogés ⁶⁸⁷.

C. Lamarca Perez a ainsi souligné que la coexistence de plusieurs définitions de l'apologie de terrorisme entraînait un risque de contradictions et que « l'emploi d'un concept trop large d'apologie, aux limites incertaines » pouvait aisément porter atteinte aux libertés d'expression et d'information. L'auteur notait également que l'apologie réprimée par la loi organique 9/1984 est « aussi l'unique conduite qui peut être commise sans qu'un lien réel avec une bande terroriste ou rebelle n'existe » ⁶⁸⁸. L'apologie devenait alors une sorte de « conduite périphérique » ⁶⁸⁹ au noyau de la loi

moyen qui a constitué le support de l'apologie en permettant sa diffusion ou sa publication (en vertu de l'article 21 de la même loi, qui prévoit la fermeture définitive des moyens de diffusion par la décision de justice, moyens qui ont été au préalable provisoirement fermés lors de l'admission de la plainte du Ministère public). Sur la censure de l'article 21 de la loi organique 9/1984, cf. *infra*, chapitre 2 du présent titre.

⁶⁸⁶ J-L. DE LA CUESTA (« Traitement juridique du terrorisme », art. cit., p. 595) qui cite, au sujet des réformes constitutionnelles : L. ARROYO ZAPATERO, « Terrorismo... », p. 188 ; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 6^{ème} éd., Seville, Universidad, 1985, p. 756 et s. ; C. LAMARCA PEREZ considère tout de même que le concept d'apologie de la loi de 1984 est le même que celui de l'article 268 du code pénal (*Tratamiento jurídico...*, *op. cit.*, p. 284 et s.).

⁶⁸⁷ Sur l'évolution de la notion en droit espagnol, C. LAMARCA PEREZ, *Tratamiento jurídico...*, *op. cit.*, p. 284-295 ; J-L. DE LA CUESTA, « Traitement juridique du terrorisme », art. cit., p. 596.

⁶⁸⁸ C. LAMARCA PEREZ ajoute que « bien que l'évolution légale de l'apologie se trouve [...] liée à la législation antiterroriste, sa présence dans la présente loi organique est d'une certaine manière problématique car elle constitue l'unique conduite mentionnée au Chapitre II qui n'a pas de correspondance dans le Chapitre I de la loi » (*Tratamiento jurídico...*, *op. cit.*, p. 295 et s.).

⁶⁸⁹ *Ibid.*

organique. Sa présence dans le texte ne se justifiait que par le rapport de collaboration ou de relation *idéologique* que l'apologie pouvait entretenir avec les organisations visées par la loi organique.

L'ensemble des doutes relatifs au champ d'application de la loi organique 9/1984 a poussé les Parlements basque et catalan à saisir le Tribunal constitutionnel, afin que ce dernier censure la méconnaissance de la marge d'appréciation tolérée par l'article 55-2 de la Constitution espagnole. Les deux recours n'exposaient pas leurs griefs de la même manière. Néanmoins, leurs conclusions étaient identiques.

Le Parlement de la Catalogne soulevait l'inconstitutionnalité de *l'ensemble* de la loi organique 9/1984. Il estimait qu'elle étendait le champ d'application de l'article 55-2 de la Constitution à des hypothèses qui n'étaient pas expressément mentionnées dans cet article, qui se limitait aux enquêtes relatives aux actions des bandes armées ou des éléments terroristes⁶⁹⁰. Le requérant soulignait le côté exceptionnel que doit revêtir la suspension des droits fondamentaux dans un État de droit, conformément à la volonté du Constituant qui a encadré précisément un tel procédé⁶⁹¹. Cela lui permettait d'insister sur le fait que le mécanisme de suspension individuelle des droits fondamentaux devait être un instrument de protection *extraordinaire* de la sécurité de l'État et, en conséquence, une mesure totalement délimitée, d'interprétation restrictive et utilisable seulement pour les enquêtes sur l'action des bandes armées et des éléments terroristes, comme l'avait précisé le constituant. Ainsi, le Parlement catalan contestait l'idée que la loi organique puisse prévoir la suspension des droits fondamentaux pour les délits d'apologie et de rébellion, délits qui, à son sens, ne coïncidaient pas nécessairement avec ceux liés à l'action des bandes armées et des éléments terroristes.

Le recours catalan invoquait donc l'inconstitutionnalité de la globalité de la loi organique, tout en ciblant plus précisément celle des articles 13, 16 et 17, alinéa 2⁶⁹², dans leur rapport avec l'article 1^{er} de la loi. Ces trois articles organisaient la suspension des droits fondamentaux, en vertu de l'article 55-2 de la Constitution. Pour le requérant, ils méconnaissaient l'article constitutionnel en étant susceptibles d'être appliqués à toute personne impliquée dans les délits de rébellion et d'apologie des délits visés par la loi, alors que l'article 55-2 prévoit expressément une

⁶⁹⁰ *STC* 199/1987, cons. en fait n° 4 et cons. en droit n° 2.

⁶⁹¹ Cf. *supra*, première Partie.

⁶⁹² Ces trois articles organisaient respectivement la détention préventive, les arrestations et les fouilles domiciliaires et le contrôle des communications.

suspension limitée aux personnes en relation avec les enquêtes relatives aux bandes armées et aux éléments terroristes.

Le recours formé par le Parlement basque était plus précis dans la formulation des griefs d'inconstitutionnalité. Au regard de ceux développés à l'encontre de l'article 1^{er} de la loi organique, il rejoignait le Parlement catalan.

Le Parlement basque affirmait également que cet article faisait référence à des délits qui dépassaient « les actions des bandes armées ou d'éléments terroristes » que mentionne l'article 55-2 de la Constitution. Il ciblait, de la même manière que son homologue catalan, le délit d'apologie qui, pour le Parlement basque, était un délit indépendant de l'activité terroriste, et l'hypothèse de la rébellion. Ces insertions avaient pour conséquence de suspendre certains droits fondamentaux dans le cadre de recherches sur des délits qui n'étaient pas des délits de terrorisme. Elles méconnaissaient aussi les exigences découlant du principe de légalité et de sécurité juridique contenues à l'article 9 de la Constitution espagnole. Le rapport de l'article 1^{er} avec le reste de la loi organique supposait donc la création d'un champ d'application *exceptionnel* de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, qui excédait nettement les prévisions des constituants ⁶⁹³.

Sous des formes différentes, les deux recours s'accordaient sur le fait que l'article 1^{er} de la loi ne respectait pas le champ d'application de l'article 55-2 de l'acte, car il avait pour effet de l'élargir de manière excessive en voulant appliquer des mesures de suspension des droits fondamentaux aux personnes coupables de délits d'apologie et de rébellion. La constitutionnalité de l'article 1^{er} était donc remise en question sous l'angle de la suspension des droits fondamentaux qu'autorise l'article 55-2 de la Constitution. La question des limites du concept de terrorisme n'est donc évoquée que de manière indirecte au regard du jugement de constitutionnalité, au travers du fait que les délits d'apologie et de rébellion ne peuvent être assimilés aux délits de terrorisme et ne méritent donc pas d'être réprimés au même titre que les délits de terrorisme, selon les requérants.

L'avocat de l'État démontrait, à l'inverse, l'utilité d'une telle disposition législative en insistant sur le lien qui pouvait exister entre les délits d'apologie et de rébellion et les délits de terrorisme. À son sens, l'action d'investigation à laquelle se référait l'article 55-2 de la Constitution espagnole supposait des actions délictueuses, dont la prévention et la répression constituaient, précisément, la finalité de l'investigation. De telles actions délictueuses n'étaient pas précisées dans le texte

⁶⁹³ STC 199/1987, cons. en fait n° 9, § 1 et cons. en droit n° 2.

constitutionnel, mais ce dernier renvoyait à des catégories pénales qui se manifestaient à travers de multiples formes délictuelles que l'on ne pouvait réduire à une prévision unique et définitive.

Par ces mots, l'Avocat de l'État admettait qu'il n'existait pas « de définition unique et unitaire du délit de terrorisme mais une série de délits qui possèdent [*possédaient*] pour dénominateur commun un même objectif qui justifie [*justifiait*] des moyens d'enquête similaires ». Il poursuivait en considérant que l'apologie du terrorisme pouvait être considérée comme un délit non indépendant, dans ses motivations ou dans sa relation, avec les organisations terroristes. Toutefois, il tendait à avoir un effet établi dans ses motivations et dans son rapport avec les objectifs terroristes. Le législateur organique avait donc estimé, à juste titre, que les investigations sur le terrorisme méritaient la suspension des droits fondamentaux des personnes.

Cependant, l'Avocat de l'État admettait qu'un lien avec les groupes terroristes ou les bandes armées ne pouvait pas toujours être vérifié dans toutes les hypothèses d'apologie de terrorisme. C'est pourquoi la loi ne transformait pas l'apologie du terrorisme en un élément terroriste, tout comme elle ne « pénalisait » pas, par voie processuelle, une attitude de sympathie idéologique, tant que la probabilité d'une relation d'une telle nature, entre le délit d'apologie et le délit de terrorisme, n'était pas avérée. Ce n'était que pour la recherche d'un tel lien que l'application des moyens d'enquêtes spécifiques de l'article 55-2 de la Constitution s'avérait indispensable.

Le même schéma s'appliquait aux hypothèses de rébellion. Pour l'Avocat de l'État, la rébellion serait en relation avec les organisations de bandes armées, dès lors que la forme la plus grave des actions délictueuses qu'elles ont l'habitude de mener consiste en une action de rébellion ⁶⁹⁴.

L'article 1^{er} se justifiait donc entièrement au regard des liens que pouvaient recouvrir les délits d'apologie et de rébellion avec les activités des bandes armées ou des groupes terroristes. L'Avocat de l'État achevait la défense de l'article 1^{er} en rappelant que la fonction du deuxième paragraphe ne consistait pas à énumérer des nouvelles figures délictueuses, mais à décrire les catégories de délits susceptibles de justifier l'adoption de mesures procédurales précises et pour lesquels il ne convenait pas de faire mention des règles ou des principes substantifs pénaux. Le législateur organique avait donc essayé d'agir avec la plus grande précision par rapport au concept d'*acte de terrorisme* ou de *bandes armées* et, face à la difficulté de trouver une formule précise des hypothèses ou des formes de réalisation des actions de ces groupes, le législateur a préféré le faire de manière énumérative. Ainsi, l'Avocat de

⁶⁹⁴ STC 199/1987, cons. en fait n° 11, § 1 et cons. en droit n° 2.

l'État basait la constitutionnalité de l'article 1^{er} sur le fait que l'ensemble des délits énumérés, parmi lesquels l'apologie et la rébellion, n'était que des variantes du délit de terrorisme et méritait, à ce titre, la même procédure de répression.

Selon les législateurs français et espagnol, le délit d'entraide à un étranger en situation irrégulière et l'apologie et la rébellion devaient être considérés comme pouvant constituer un acte de terrorisme. Cette extension de la conception de la notion, qui intervient dans les secondes lois antiterroristes, afin d'améliorer la prévention et la répression du phénomène, a été soumise au juge constitutionnel. Ce dernier a ainsi pu dégager les éléments essentiels permettant de délimiter le concept de terrorisme.

§ 2 – Les caractéristiques prétoriennes de l'infraction de terrorisme

En confrontant les comportements nouvellement assimilés au terrorisme par le législateur à la notion de terrorisme qui se dégageait des normes en vigueur ou de la Constitution, le Conseil constitutionnel français et le Tribunal constitutionnel espagnol ont dégagé les caractéristiques essentielles de l'acte de terrorisme.

Tout en suivant un raisonnement identique, centré sur la nature et les effets de chacune des insertions législatives, les deux juridictions constitutionnelles livrent des décisions inégalement motivées. Le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel se révèle concis (**A**), alors que celui du Tribunal constitutionnel illustre une approche très concrète de la question (**B**).

A. L'approche concise du Conseil constitutionnel

La décision n° 96-377 DC du Conseil constitutionnel résout la question du respect de l'insertion du délit d'aide à un étranger au sein de l'article 421-1 du code pénal au regard du respect du principe de nécessité de peine au terme d'un considérant clair et concis.

S'il s'appuie, dans ce cas d'espèce, sur la nature et les effets des actes de terrorisme pour les distinguer d'autres comportements, il avait déjà insisté sur le fait que les actes de terrorisme présentaient des *caractéristiques* qui exigeaient un traitement particulier. Il n'était cependant pas allé plus loin, dans son raisonnement, dans sa première décision sur la législation antiterroriste.

Dans la décision n° 86-213 DC ⁶⁹⁵, le Conseil constitutionnel a établi que le concept de terrorisme, mis en place à l'article 706-16 du code de procédure pénale (entre 1986 et 1996), renvoyait à des infractions qui présentaient certaines caractéristiques justifiant leur soumission à des règles dérogatoires de poursuite, d'instruction et de jugement. Il a ensuite déduit que seules des infractions présentant les mêmes caractéristiques que celles énumérées à l'article 706-16 du code de procédure pénale, ou en relation avec elles, pouvaient être soumises aux mêmes régimes dérogatoires.

Le Conseil examinait, en l'occurrence, la première loi antiterroriste française, la loi du 9 septembre 1986 ⁶⁹⁶ qui insérait les articles 706-16 à 706-25 dans le code de procédure pénale ⁶⁹⁷. Le premier de ces articles se chargeait de définir un concept de terrorisme – et non une infraction de terrorisme autonome –, afin de rendre possible l'application d'un régime procédural spécifique. Il mentionnait toute une série d'infractions déjà réprimée par le droit en vigueur, qui devait être soumise à ce régime singulier si la finalité terroriste poursuivie par le délinquant était reconnue.

L'article 4 de la loi du 9 septembre 1986 proposait une nouvelle rédaction de l'article 702 du code de procédure pénale ⁶⁹⁸, qui avait pour conséquence de soumettre une série d'infractions aux règles dérogatoires de poursuite, d'instruction et de jugement des articles 706-17 à 706-25 du code de procédure pénale. Cette série d'infractions ne se trouvait cependant pas insérées à l'article 706-16 du même code. En d'autres termes, le nouvel article 702 du code de procédure pénale offrait la possibilité que des crimes, qui n'étaient pas en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par

⁶⁹⁵ *Cons. const.* n° 86-213 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État*.

⁶⁹⁶ Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986, relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, *J.O.*, 10 septembre 1986, p. 10956-10958.

⁶⁹⁷ L'article 421-1 du code pénal français n'est d'ailleurs que la retranscription de l'article 706-16 du code de procédure pénale, avec de légères modifications quant à la rédaction des infractions citées.

⁶⁹⁸ L'article 4 de la loi proposait notamment une nouvelle rédaction de l'article 702 du code de procédure pénale. Ce texte, tel qu'il résultait de la loi n° 82-621 du 21 juillet 1982, stipulait que : « En temps de paix, les crimes et les délits contre la sûreté de l'État sont instruits et jugés par les juridictions de droit commun et selon les règles du présent code. Lorsque les faits poursuivis constituent un crime ou un délit prévu et réprimé par les articles 70 à 85 du code pénal ou une infraction connexe, la compétence est dévolue aux juridictions prévues et organisées par les articles 697 et 698-6 », soit, respectivement, par un tribunal de grande instance où sont affectés des magistrats spécialisés en matière militaire, et par une cour d'assises composée exclusivement de magistrats. La nouvelle version, en revanche, disposait que : « Les deux premiers alinéas de l'article 702 du code de procédure pénale sont remplacés par l'alinéa suivant : en temps de paix, les crimes et délits prévus par les articles 70 à 103 du code pénal, ainsi que les infractions connexes, sont instruits, poursuivis et jugés conformément aux dispositions des articles 697 et 706-17 à 706-25. » Cf. *Cons. const.* n° 86-213 DC, cons. n° 18 et 19.

l'intimidation ou la terreur, soient tout de même soumis aux règles dérogatoires instituées pour les actes de terrorisme ⁶⁹⁹.

Le Conseil constitutionnel devait donc trancher la question de savoir si les nouvelles infractions – des articles 70 à 103 du code pénal – pouvaient être soumises aux mêmes règles dérogatoires que celles intégrant le concept de terrorisme. Il devait donc évaluer si toutes ces infractions étaient assimilables pour être soumises au même régime restrictif ⁷⁰⁰.

Après le rappel du principe en vertu duquel le législateur peut prévoir des règles de procédure pénale différentes selon les faits, les situations et les personnes lorsque « ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées », le Conseil a considéré que si le législateur justifiait l'instauration de règles de composition et de procédure dérogatoire au droit commun, en matière de lutte antiterroriste, en raison « des caractéristiques du terrorisme », cela sous-entend que de telles règles spécifiques ne peuvent être étendues qu'à de nouvelles infractions présentant les « mêmes caractéristiques » que le terrorisme ou étant « nécessairement en relation » ⁷⁰¹ avec les infractions énumérées à l'article 706-16 du code de procédure pénale.

Le Conseil constitutionnel conclut ainsi que les nouvelles infractions mentionnées dans le nouvel article 702 du code de procédure pénale ne présentent pas les mêmes caractéristiques que celles mentionnées à l'article 706-16 du même code, en conséquence de quoi, la rupture du principe d'égalité n'est pas justifiée par le législateur et doit donc être censurée.

Dans cette espèce, le Conseil constitutionnel a été saisi sur un terrain très proche de celui sur lequel est saisi le Tribunal constitutionnel dans la décision 199/1987 puisque, à l'instar de ce dernier, le juge constitutionnel français n'a pas dû se prononcer explicitement sur la notion de terrorisme mais sur le champ

⁶⁹⁹ Il ne s'agit là que d'un des deux effets que le Conseil constitutionnel attribuait à la nouvelle rédaction de l'article 702 du code de procédure pénale et qu'il expose au considérant 21. Le premier de ces effets consistait à soumettre les articles 86 à 103 du code pénal, soit les attentats, complots et autres infractions contre l'autorité de l'État et l'intégrité du territoire national, les crimes commis par la participation à un mouvement insurrectionnel et les infractions prévues par les articles 100 et 103 du code pénal, à de nouvelles règles de jugement (déterminées par les articles 697 et 698-6 CPP). Il s'agissait, évidemment, d'une extension très nette du champ d'application de ces règles spécifiques puisqu'elles ne s'appliquaient, jusqu'à la loi déferée, qu'aux crimes de trahison et d'espionnage et aux autres atteintes à la sûreté nationale (arts. 70 à 85 du code pénal).

⁷⁰⁰ Dans cette espèce, les requérants estimaient que le nouvel article 702 portait atteinte au principe de la liberté individuelle, eu égard, notamment, au régime spécifique de la garde à vue, dès lors qu'il étendait les règles dérogatoires au droit commun posées par les articles 706-17 à 706-25 nouveaux du code de procédure pénale à de nombreuses infractions, même celles constitutives de simples délits d'imprudence, *Cons. const.* n° 86-213 DC, cons. n° 22.

⁷⁰¹ *Cons. const.* n° 86-213 DC, cons. n° 24.

d'application des règles dérogatoires qui caractérisent la lutte contre le terrorisme et qui sont instaurées par voie législative en France. La portée des deux décisions est identique. Bien que le Conseil constitutionnel n'ait pas précisé ce qu'il fallait entendre par *caractéristiques du terrorisme* ou la nature du lien qui permettrait de considérer un comportement *en relation* avec les infractions de l'article 706-16 du code de procédure pénale, il a tout de même posé une limite à une extension injustifiée de l'application du régime dérogatoire.

La décision n° 86-213 DC peut ainsi être perçue comme un premier élan, qui permet au Conseil constitutionnel, saisi plus précisément sur le contenu de l'infraction de terrorisme dans la décision n° 96-377 DC, d'aller plus loin sur la notion, en précisant ce qu'il entend par *caractéristiques* du terrorisme.

Dans la décision du 16 juillet 1996, le Conseil constitutionnel a confronté le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger à *l'ensemble des infractions* citées à l'article 421-1 du code pénal, afin de savoir si l'insertion de ce délit respectait le principe de nécessité des peines, en vertu duquel « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ».

Le choix du Conseil constitutionnel de se prononcer exclusivement sur la base de l'article 8 de la DDHC ⁷⁰² est important. Il conditionne en effet l'ampleur de son contrôle sur la disposition législative déférée. En vertu d'une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel exerce, sur le fondement du principe de nécessité des peines, un contrôle *restreint* qui, en l'absence de disproportion manifeste ⁷⁰³, ne l'autorise pas à « substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci » ⁷⁰⁴. Ainsi, le contrôle de « la qualification des faits en cause »

⁷⁰² Cette « économie de moyens », pour reprendre l'expression de B. MATHIEU, n'est toutefois que passagère puisqu'il se servira des autres griefs soulevés par les requérants pour examiner la constitutionnalité de l'article 21 de l'ordonnance de 1945 et celle de l'article 25 de la loi déférée (B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle – Décision n° 96-377... », art. cit., p. 7 ; P-E. SPITZ, « À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 sur la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme », *R.F.D.A.*, 1997, p. 539). On peut toutefois souligner, et regretter, que lors de l'examen de l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et de celui de l'article 25 de la loi déférée, qui en modifiait le champ d'application, le Conseil répond, certes, aux griefs reposant sur la méconnaissance du principe d'égalité et du respect de la dignité de la personne humaine mais il n'aborde que succinctement la question de l'atteinte au principe de la légalité des délits et peines : cf. le considérant 11 de la décision n° 96-377 DC, dans lequel le Conseil considère « que les infractions, telles que prévues par l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, sont définies dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire ».

⁷⁰³ Sur le sujet, voir G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 1998, p. 309-311.

⁷⁰⁴ V., dans cette même décision n° 96-377 DC, le considérant 28, au sujet des articles 15 à 17 de la loi déférée mais aussi, pour une application antérieure, les décisions n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, *Rec.*,

conduit le Conseil à observer si « la détermination des sanctions dont sont assorties les infractions correspondantes n'est pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation »⁷⁰⁵, erreur qui ne pourrait résulter que d'une « inadéquation grossière de la sanction à l'infraction »⁷⁰⁶.

En l'espèce, pour se prononcer sur une éventuelle disproportion manifeste, le Conseil constitutionnel a dû examiner au préalable les infractions en cause et, c'est à travers ce raisonnement qu'il a déterminé les caractéristiques de l'infraction de terrorisme pour les confronter à celles du délit d'aide à un étranger.

Ainsi, le Conseil est allé plus loin que dans la décision n° 86-213 DC, puisqu'il a précisé sa pensée, en faisant toutefois toujours preuve d'une grande concision. Il a considéré « qu'à la différence des infractions énumérées à l'article 421-1 du code pénal, l'article 21 incrimine non pas des *actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes* mais un *simple comportement d'aide* directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière »⁷⁰⁷. Le juge constitutionnel a ainsi distingué les infractions énumérées à l'article 421-1 du code pénal, qualifiables d'acte de terrorisme, et le délit d'aide à l'entrée, au séjour et à la circulation irréguliers d'un étranger, en se fondant sur la nature et les effets de chacune des infractions.

Concernant tout d'abord *la nature* des infractions, le Conseil constitutionnel a laissé entendre que l'ensemble des infractions énumérées à l'article 421-1 du code pénal étaient « des actes matériels » alors que le délit de l'article 21 de l'ordonnance de 1945 n'était qu'un « simple comportement ».

Ensuite, pour le juge constitutionnel français, les actes matériels de l'article 421-1 du code pénal auraient pour *effet* de porter directement atteinte à la sécurité des biens ou des personnes, ce qui n'est pas le cas du comportement de l'article 21 de l'ordonnance de 1945, qui consiste à aider, directement ou pas, un étranger en situation irrégulière.

p. 15 ; n° 84-176 DC du 25 juillet 1984, *Rec.*, p. 55 ; n° 86-215 DC du 3 septembre 1986, *Rec.*, p. 130 ; n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, p. 14. Cf. également, P-E. SPITZ, « À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 96-377... », art. cit., p. 539 ; B. MERCUZOT, « Commentaires... », art. cit., p. 71.

⁷⁰⁵ *Cons. const.* n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. n° 7. V. aussi l'analyse de la décision par F. LUCHAIRE et, tout particulièrement, son exposé sur la notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (« Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique », *R.D.P.*, 1996, p. 1251).

⁷⁰⁶ Th. S. RENOUX, « Observations... », art. cit., p. 812.

⁷⁰⁷ *Cons. const.* n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. n° 8.

Tout l'intérêt de la décision du Conseil constitutionnel est donc contenu dans ces quelques mots. En transcrivant sa propre conception des actes composant l'infraction de terrorisme, il a fourni des éléments précieux pour dégager les caractéristiques des infractions de terrorisme incriminées à l'article 421-1 du code pénal. Si l'on s'en tient à son raisonnement, l'infraction de terrorisme ne serait que le reflet d'actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes. Et, effectivement, il est aisé de s'accorder sur le fait que la simple aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière ne peut être assimilée à des actes tels que la prise d'otage, le détournement d'avion, la fabrication et la détention d'explosifs, qui apparaissent déjà dans la liste de l'article 421-1 du code pénal, et qui constituent, concrètement, des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens et des personnes.

La différence de nature et d'effet entre les actes était importante pour le Conseil constitutionnel, car il en a déduit que l'assimilation opérée par le législateur était *grossière*. Toutefois, devant cette divergence, le Conseil constitutionnel ne s'est pas limité à l'examen des caractéristiques des infractions, comme nous le verrons plus avant.

Ce raisonnement permet d'élaborer des suppositions pour comprendre la conception du législateur de l'infraction de terrorisme et comment ce dernier a pensé son incrimination à travers différents articles dans le code pénal. On pourrait penser que c'est sur la base de la qualification d'actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens et des personnes que le législateur a *réparti* la présentation de l'incrimination de terrorisme entre l'article 421-1 du code pénal et les suivants ⁷⁰⁸.

Le juge constitutionnel espagnol s'est montré plus explicite que son homologue français dans la motivation de sa décision, en se basant sur une vision très réaliste du terrorisme dans la société espagnole.

B. L'approche concrète du Tribunal constitutionnel

Le Tribunal constitutionnel a dégagé sa propre conception du terrorisme en soulignant les caractéristiques fondamentales de ce concept au cours de l'examen des recours des parlements basque et catalan, qui soutenaient une méconnaissance de l'article 55-2 de la Constitution espagnole.

⁷⁰⁸ Bien que le choix de la présentation ne soit pas toujours évident, même avec cette hypothèse d'interprétation. Cf. chapitre 1^{er} du titre 1^{er} de la première Partie.

Dans la décision 199/1987, du 26 décembre, l'angle d'attaque du texte de la loi organique 9/1984, retenu par les requérants, est essentiel. Le juge constitutionnel espagnol a en effet raisonné en s'interrogeant principalement sur le fait de savoir si le champ d'application de la loi organique, défini à son article 1^{er}, respectait l'article 55-2 de la Constitution espagnole au regard de la limitation, par ce dernier, de la suspension des droits fondamentaux aux seules personnes concernées par les enquêtes relatives aux bandes armées et aux éléments terroristes. Cette question, relative au champ d'application de l'article 55-2 de la Constitution, a soulevé la question de l'assimilation de certains comportements à la notion de terrorisme pour savoir si la suspension des droits fondamentaux, mesure par nature *exceptionnelle*, pouvait être appliquée à d'autres actions que celles révélant le terrorisme de manière frappante.

L'issue du contrôle de constitutionnalité est identique pour nos développements. La nuance mérite néanmoins d'être soulignée pour deux raisons. D'une part, l'existence d'un tel mécanisme constitutionnel de lutte contre le terrorisme conditionne énormément le raisonnement du juge constitutionnel espagnol et lui offre un cadre de choix pour développer un contrôle solide et étendu de la législation antiterroriste ; d'autre part, c'est par ce biais que le juge espagnol s'est prononcé de manière positive sur la notion de terrorisme, puisque saisi sous l'angle du respect du principe de légalité, il n'a pas précisé la notion ⁷⁰⁹.

Ainsi, pour répondre aux griefs soulevés par les parlements basque et catalan, le Tribunal constitutionnel est revenu, dans un premier temps, sur les raisons de l'adoption du mécanisme dérogatoire de l'article 55-2 et sur son champ d'application. Ceci l'a conduit à donner sa propre définition du terrorisme (1) pour, ensuite, confronter la nature et les effets du terrorisme à ceux des délits de rébellion et d'apologie (2).

1) La définition du terrorisme par le Tribunal constitutionnel

En reposant le cadre de l'article 55-2 de la Constitution espagnole et les raisons qui ont incité le constituant à mettre en place un mécanisme de suspension de droits fondamentaux dans le but de lutter contre les bandes armées et les éléments terroristes, le Tribunal constitutionnel a souhaité rappeler certains aspects essentiels de cet outil constitutionnel et préciser les concepts auxquels il fait référence.

⁷⁰⁹ On peut même dire, qu'au contraire, il lui a conféré un fort degré d'abstraction. Cf. *STC* 89/1993, présentée *infra*, Titre 2 de cette partie.

Concernant la mise en place de ce mécanisme, le Tribunal constitutionnel souligne, pour la première fois dans la décision 199/1987, que le constituant n'a autorisé la suspension des droits fondamentaux que dans le but de permettre à l'État de droit espagnol de faire face à certaines situations d'urgence, parmi lesquelles, celles des activités de bandes armées ou d'éléments terroristes qui « créent un danger effectif pour la vie et l'intégrité des personnes et pour le maintien de l'ordre démocratique constitutionnel ». Face à un tel danger, le législateur ne peut mettre en œuvre les instruments ordinaires d'enquête car ils ne suffisent pas à assurer « la garantie de la sécurité et de la tranquillité publique et de l'ordre constitutionnel »⁷¹⁰. Seuls des instruments exceptionnels peuvent y parvenir. C'est pourquoi le législateur n'a été autorisé à prévoir la suspension *individuelle* de droits fondamentaux que dans les seules hypothèses *exceptionnelles* d'investigations relatives aux activités délictuelles commises par les bandes armées ou des éléments terroristes.

Le rappel de la pensée des constituants permet au Tribunal constitutionnel de souligner la récurrence du terrorisme dans la société espagnole. Il définit⁷¹¹ le phénomène en ces termes : « Le terrorisme, caractéristique de notre temps, en tant que violence sociale ou politique organisée, loin de limiter son rayonnement à d'éventuelles actions individuelles susceptibles d'être représentées comme "terroristes", se manifeste avant tout comme une activité propre d'organisations ou de groupes, de "bandes", à l'intérieur desquelles le caractère "armé" ressort habituellement ».

Il poursuit ensuite en déclarant que la caractéristique du terrorisme est constituée par « *l'objectif*, ou en tout cas, la *finalité*, de répandre une situation d'inquiétude ou d'insécurité sociale de caractère systématique, réitéré, et très souvent indifférencié, de cette activité criminelle »⁷¹².

La vision du terrorisme par le Tribunal constitutionnel met ainsi en avant, d'une part, l'élément matériel du terrorisme constitué par une violence sociale ou politique, dont les manifestations ne se limitent pas à des actions individuelles et, d'autre part, l'élément structurel que le juge constitutionnel précise comme une organisation, un groupe ou une bande, dont le caractère armé ressort. Enfin, et surtout, le juge constitutionnel insiste sur l'élément finaliste du terrorisme, que le juge constitutionnel situe dans la création d'une situation d'inquiétude, de terreur, de manière répétée et injustifiée⁷¹³.

⁷¹⁰ STC 199/1987, cons. en droit n° 2, cf. *supra*, Titre 1^{er} de la première Partie.

⁷¹¹ F. MODERNE, « Le juge constitutionnel et la lutte contre le terrorisme – Chronique-Espagne. STC 199/1987 », *A.I.J.C.*, 1988, p. 530.

⁷¹² STC 199/1987, cons. en droit n° 4.

⁷¹³ Cf. la présentation de la structure de l'infraction de terrorisme en Espagne, *supra*, Titre 1^{er} première Partie.

Ce raisonnement du juge constitutionnel espagnol est extrêmement important pour la conception du terrorisme. L'élément finaliste n'avait jamais été mis en avant avec une telle insistance, ni par la Constitution, ni par les lois organiques. Cette décision représente donc une avancée dans la définition du terrorisme, qui va d'ailleurs influencer les futures formulations de l'infraction lors de la rédaction du nouveau code pénal en 1995, et qui exprime, également, une influence de la formulation des délits de terrorisme par les pays voisins, et notamment, la France, dans la première loi antiterroriste du 9 septembre 1986 ⁷¹⁴.

Cette base posée, le Tribunal constitutionnel distingue le terrorisme d'autres situations.

Il admet que certains groupes, ou certaines organisations criminelles déterminées, « sans poursuivre un objectif politique, par le caractère systématique et réitéré de leur activité, par l'amplitude des populations affectées », peuvent, eux aussi, « créer une situation d'inquiétude et d'urgence dans la sécurité publique, qui autorise (ou légitime) à les *rapprocher* des groupes terroristes proprement dits, comme objet des mesures exceptionnelles prévues à l'art. 55-2 de la Constitution ». Le Tribunal constitutionnel justifie, par ce biais, le traitement conjoint des éléments terroristes et des bandes armées dans l'article 55-2 de la Constitution.

Il soutient que cette conception commune de ces deux manifestations de la criminalité est confirmée par les travaux parlementaires, au cours de la rédaction de la Constitution, dans lesquels se manifestait la volonté de traiter de manière identique les formes délictuelles « qui impliquent, par leur intention ou par leur résultat, une attaque directe de la société et de l'État social et démocratique de Droit » ⁷¹⁵. Il exige ainsi que le concept de bandes armées soit interprété de manière restrictive et, par rapport au concept d'éléments terroristes, en raison de l'importance et de la portée de celui-ci.

Cette phase du développement du contrôle de constitutionnalité du juge espagnol est intéressante car il ne lui était pas demandé de se prononcer sur la question du concept de bandes armées. Or, et à juste titre, ce concept étant lié à celui de terrorisme, et plus précisément à celui d'éléments terroristes, par la rédaction de l'article 55-2 de la Constitution, le Tribunal constitutionnel devait passer d'abord par une distinction des deux notions pour pouvoir, ensuite, se concentrer sur les limites d'une de ces deux notions, à savoir le concept de terrorisme. Le juge constitutionnel espagnol recentre ainsi l'interprétation des

⁷¹⁴ Cf. *supra*, chapitre 1^{er} du Titre 1^{er} de la première Partie.

⁷¹⁵ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 4.

concepts mentionnés à l'article 55-2 de la Constitution pour pouvoir resserrer la contrainte de constitutionnalité de cet article et exiger que son application par le législateur organique soit strictement limitée.

Examinant la loi organique 9/1984 dans le cadre d'un recours abstrait *a posteriori*, le Tribunal constitutionnel se sert aussi de la jurisprudence rendue par les tribunaux ordinaires sur la base de l'article 55-2 de la Constitution. Ainsi, il souligne que la jurisprudence pénale a agi dans cet esprit de *restriction*, en définissant de manière restrictive le comportement délictuel de *bandes*, mentionné à l'article 7 de la loi organique 9/1984, en faisant non seulement référence au *caractère permanent, stable et armé* (armes de défense ou de guerre, mais aussi substances ou équipements explosifs), mais aussi à « *sa capacité de produire un sentiment de terreur dans la société et son rejet de la collectivité*, en raison des importantes conséquences sur la sécurité des citoyens, qui supposent aussi une attaque à l'ensemble de la société démocratique ».

C'est pourquoi « toute autre interprétation, *plus large*, de l'expression bandes armées, qui permettrait l'application de la loi organique 9/1984 et, particulièrement des dispositions du Chapitre Trois, à des personnes ou des groupes qui agissent armés, sans engendrer la terreur dans la société ni chercher à altérer l'ordre démocratique et constitutionnel de l'État de Droit et sans le mettre objectivement en danger, ne pourrait bénéficier de la couverture constitutionnelle de l'art. 55-2 »⁷¹⁶.

Le Tribunal constitutionnel livre, dans la décision 199/1987, un raisonnement structuré, à travers lequel il pose les bases de son contrôle pour procéder, ensuite, à la confrontation du champ d'application de la loi organique (qui inclut les délits de rébellion et d'apologie) à celui de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, *strictement* conditionné par les activités de « bandes armées et éléments terroristes » dont il vient de recentrer l'interprétation.

De ces premières considérations, il découle que les divergences peuvent apparaître aussi bien au niveau de la *structure* que de la *finalité* des infractions. L'élément qui paraît toutefois retenir particulièrement l'attention du juge constitutionnel est la *finalité poursuivie* par les bandes armées et les groupes terroristes, c'est-à-dire *instaurer la terreur dans la société ; altérer l'ordre démocratique et constitutionnel de l'État de droit ; le placer dans une position objective de danger*. Il réussit très habilement à distinguer cet objectif d'un caractère politique, ce qui lui permet de maintenir, officiellement, le terrorisme en dehors de la sphère des délits politiques⁷¹⁷.

⁷¹⁶ STC 199/1987, cons. en droit n° 4. C'est nous qui soulignons.

⁷¹⁷ Le Tribunal constitutionnel souligne d'ailleurs que la finalité de la législation en examen (loi organique 9/1984) est de lutter contre le terrorisme exclusivement et non de réprimer les délits politiques. Cf. STC 199/1987, cons. en droit n° 4.

2) La confrontation des délits de rébellion et d'apologie au concept de terrorisme.

Le Tribunal constitutionnel se concentre ensuite sur les délits de rébellion et d'apologie en soulignant que, dans la loi organique 9/1984, le législateur a souhaité regrouper dans un texte légal, unique, l'ensemble des normes relatives à la protection de l'ordre constitutionnel, jusqu'à présent dispersées. Pour le juge constitutionnel, cette démarche justifie la présence de divers comportements à réprimer au sein de l'article 1^{er}, car les normes visant la protection de l'ordre constitutionnel sont plurielles et la loi organique 9/1984 devait donc prendre en compte divers hypothèses ⁷¹⁸.

Le Tribunal constitutionnel procède ensuite en deux temps ⁷¹⁹ : il examine, dans un premier temps, l'insertion de l'apologie des délits prévus par la loi organique, au second alinéa du paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er} de la loi organique 9/1984 et, dans un second temps, la prévision de la rébellion.

Le Tribunal constitutionnel définit l'apologie comme « la manifestation publique, en termes d'éloge ou d'exaltation, d'appui ou de solidarité morale ou idéologique à certaines actions délictueuses ». Il considère qu'elle « ne peut pas être confondue » avec ces activités délictueuses qui sont le fruit des bandes armées ou des groupes terroristes. La nature du comportement apologiste est donc différente de celle des activités menées par des groupes terroristes qui consistent, si l'on se réfère au raisonnement précédent, en des actions exprimant « une violence sociale ou politique organisée » et le plus souvent armées.

En ayant cité l'esprit de l'article 55-2 de la Constitution, le Tribunal a rappelé que la suspension des droits ne se concevait pas précisément par rapport au terrorisme, mais aussi par rapport à la notion de bandes armées ⁷²⁰. Son argumentation est basée sur une simple comparaison de deux champs d'application : celui attribué au terrorisme et celui attribué à l'apologie. Ainsi, il conclut à l'absence

⁷¹⁸ Il prend toutefois le soin de préciser la forme du paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er}, laissant penser qu'il établit, d'ores et déjà, une distinction entre les deux alinéas sur la base desquels se divise ce paragraphe.

⁷¹⁹ Le juge constitutionnel a pris le soin de rappeler que la question de savoir si les délits d'apologie et de rébellion avaient leur place dans l'article 1^{er} de la loi organique se posait exclusivement en rapport avec la délimitation du domaine de la suspension des droits à laquelle se réfère l'article 55-2 de la Constitution espagnole. Étant donné le cadre strict de la suspension des droits fondamentaux que le Tribunal constitutionnel venait de replacer, il était impératif que l'article 1^{er} de la loi organique ne contienne que des déclinaisons du concept de bandes armées ou d'éléments terroristes. Cette exigence conditionnait le respect du champ d'application de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, et donc la décision du Tribunal constitutionnel.

⁷²⁰ F. Fernandez Segado, « Artículo 55. La suspensión de derechos », in O. Alzaga Vilaamil (dir), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tome IV, Madrid, Cortes generales Editoriales de derecho reunidas, 1996, p. 627-634.

de *confusion* entre les deux domaines. Il confirme la prémisse de son examen de la disposition législative qui était que l'apologie de délits de terrorisme ne constituait pas un cas de délit de terrorisme ⁷²¹.

Les deux délits, terrorisme d'un côté, apologie de l'autre, ne sont donc pas de *même nature* pour le Tribunal constitutionnel. À l'inverse du Conseil constitutionnel français, le juge espagnol n'examine pas les effets de ces comportements. Il est difficile de savoir quel est le sens à donner à ce silence du Tribunal constitutionnel.

Peut-être faut-il en déduire que, rencontrant immédiatement une différence de nature significative, à son sens, il n'a pas souhaité s'engager sur la voie des effets de chaque délit. Peut-être aussi, les actes d'apologie n'ayant pas, par définition, des effets aussi *violents* que les actes de terrorisme, le Tribunal constitutionnel n'a pas jugé bon de les relever.

Concernant les délits de rébellion, le Tribunal constitutionnel considère que « la rébellion se réalise par un groupe qui a l'intention d'utiliser de manière illégitime des armes de guerre ou des explosifs, dans le but d'entraîner la destruction ou la subversion de l'ordre constitutionnel ». Il s'appuie, ici, sur l'article 8 de la loi organique 9/1984, qui assimile l'intégration dans une organisation rebelle à l'intégration dans une bande armée et se réfère à l'utilisation des « armes à feu, bombes, grenades, substances ou appareils explosifs ou moyens incendiaires de toutes classes » pour caractériser l'activité de ces groupes.

Les actes de rébellion revêtent donc la *même nature* que les actes de terrorisme ou des bandes armées en ce qu'ils adoptent une manifestation violente qui se caractérise par une action illégitime. Ils en ont aussi *les effets* puisque leur volonté est de porter atteinte à l'ordre constitutionnel, afin de le détruire ou de le subvertir.

Pour le Tribunal constitutionnel, les bandes « rebelles » intègrent le concept de bande armée de l'article 55-2 de la Constitution. Il est donc légitime de les soumettre à la suspension des droits prévue par le texte constitutionnel.

Il fait ainsi droit à l'argumentation de l'Avocat de l'État, qui exposait que « la rébellion est la plus grave des actions délictueuses susceptibles d'être réalisées, ou tentées, par une bande armée ». Le Tribunal constitutionnel prend cependant soin, au préalable, de rappeler que « la Constitution n'a pas fait de la "suspension individuelle" de certains droits fondamentaux un instrument de protection extraordinaire de la sûreté de l'État, conçu de manière générique, mais elle lui a assigné une finalité très concrète : la recherche des activités des bandes armées ou des éléments terroristes » pour, ensuite, se servir une nouvelle fois des travaux

⁷²¹ P. SÁNCHEZ-OSTIZ, « La apología del delito », *Persona y derecho*, n° 55, 2006, p. 633.

parlementaires, dans lesquels le juge constitutionnel lit « une comparaison explicite, entre terrorisme et rébellion, en tant qu'attaques du système démocratique et volonté de substitution de la forme de Gouvernement et de la forme d'État choisie librement par les citoyens » ⁷²².

Même si l'article 55-2 de la Constitution ne mentionne pas expressément les activités rebelles mais uniquement les bandes armées et les éléments terroristes, l'amalgame fait par *les constituants eux-mêmes*, au cours des débats constitutants, permet au Tribunal constitutionnel de prouver que ces derniers entendaient les intégrer au champ d'application de cet article. Ainsi, « l'inclusion générique » de la rébellion dans le champ d'application de la loi organique, qui applique l'article 55-2 de la Constitution espagnole, pour lequel « toutes les mesures de suspension des droits que la loi prévoit trouvent une légitimation », a été déclarée constitutionnelle par le Tribunal constitutionnel.

Le Tribunal constitutionnel espagnol estime ainsi, dans la décision 199/1987, que l'apologie d'un acte de terrorisme ne peut être assimilée à un acte de terrorisme et recevoir, en conséquence, le même traitement au regard des mesures de suspension des droits fondamentaux prévues à l'article 55-2 de la Constitution.

En revanche, les délits de rébellion s'apparentent aux activités des bandes armées et des éléments terroristes et doivent être soumis aux mêmes règles de prévention et de répression.

Pour parvenir à cette conclusion, le Tribunal constitutionnel a défini *l'intérêt protégé* par l'incrimination de terrorisme, afin d'en circonscrire la portée et de préciser le *type de comportement* susceptible d'être alors incriminé ⁷²³. Le type de comportement serait caractérisé par le terrorisme, comme *violence sociale et politique organisée*, qui se manifeste avant tout comme une *activité propre d'organisations ou de groupes*, qui diffuse une *situation d'alarme systématique, réitérée et le plus souvent indifférenciée*. C'est dans cette logique qu'il légitime, dans son raisonnement, la punition des activités des bandes « armées » en évoquant que des organisations criminelles déterminées, sans aucun objectif politique, par le caractère systématique et réitéré de leur activité, par l'amplitude des populations affectées, peuvent, elles aussi, créer une situation d'alarme et d'urgence dans la sécurité publique, qui autorise à les rapprocher des groupes terroristes proprement dits. C'est en prolongeant ce raisonnement qu'il assimile à ces actions les actes de rébellion en tant qu'actions les plus graves, réalisées ou tentées, par une bande armée qui a le projet d'user de façon illégitime

⁷²² STC 199/1987, cons. en droit n° 4.

⁷²³ V. BÜCK, *L'influence des cours constitutionnelles sur la politique pénale – Étude comparée France-Espagne*, Paris, L.G.D.J., 2002. § 389, p. 244.

d'armes de guerre ou d'explosifs, et dans le but d'attaquer le système démocratique et de substituer la forme de Gouvernement et d'État choisie librement par les citoyens ⁷²⁴. Les actes d'apologie ne se placent pas sur le même plan. Ils entretiennent un rapport plus indirect avec les activités des groupes armés, au sens large du terme, et ne peuvent donc, en raison de cette distance, être inclus dans le champ d'application de la loi organique 9/1984.

Le raisonnement du Tribunal constitutionnel sur les délits d'apologie se rapproche de celui tenu par le Conseil constitutionnel pour le délit d'aide à l'entrée, au séjour et à la circulation irréguliers d'un étranger, dans la décision du 16 juillet 1996.

Par ces deux décisions, les juges constitutionnels ont recentré la notion de terrorisme, afin que celle-ci ne devienne pas un cumul d'actes divers et variés sans traits communs et que les règles dérogatoires s'appliquent de manière cohérente dans l'ordonnancement démocratique qu'ils ont en charge de préserver. Les deux juges manifestent de la sorte une prise de conscience de la gravité de la qualification *terroriste*, tout à fait réaliste.

Section 2 : Une conception jurisprudentielle pragmatique de la notion de terrorisme

Le Conseil constitutionnel français et le Tribunal constitutionnel espagnol ne se sont pas limités au seul constat d'une divergence entre les caractéristiques de la notion de terrorisme en vigueur dans les ordonnancements et celles des actions insérées par la loi qui leur était déférée, pour trancher la question qui leur était posée par les requérants. Tous deux ont en effet poussé leur analyse en cherchant l'utilité d'incriminer de nouveaux comportements au titre des actes de terrorisme (§ 1). Cette démarche démontre que les juges constitutionnels font preuve d'une grande vigilance à l'égard de la gravité qu'engendre la qualification *terroriste* sur le régime des droits fondamentaux (§ 2).

⁷²⁴ *Ibid.*, § 411, p. 256.

§ 1 – L'absence de nécessité d'élargir la notion de terrorisme

La définition de l'infraction de terrorisme est le fruit d'un équilibre, subtil, entre les infractions, par lesquelles l'acte de terrorisme se réalise, et les infractions qui caractérisent des actes préparatoires facilitant la commission de l'attentat. La question posée aux juges constitutionnels français et espagnol était donc celle de savoir si les actes que le législateur a assimilés au terrorisme entretiennent une relation suffisamment étroite avec ce dernier pour être réprimés dans les mêmes conditions. Ils ont répondu négativement à cette question (A). Toutefois, pleinement conscients que la relation entre ces comportements et l'acte de terrorisme pouvait évoluer, jusqu'à exister, les juges constitutionnels ont pris soin de rechercher ⁷²⁵, dans le droit en vigueur, les dispositions qui permettraient de punir de tels comportements (B).

A. La relation entre le terrorisme et les comportements incriminés par le législateur

Les juges constitutionnels espagnols et français ont tous deux observé la nature de la relation entre un délit donné et un acte de terrorisme. La relation peut, en effet, être plus ou moins étroite en fonction de la probabilité qu'un certain comportement provoque l'attentat.

Concrètement, il s'agissait de savoir si l'apologie d'un acte de terrorisme ou l'aide irrégulière fournie à un étranger constituaient une variante de l'acte de terrorisme ou, au contraire, s'ils n'étaient que de simples comportements délictuels insuffisamment liés à la commission d'un attentat pour être réprimés dans les mêmes conditions. Cette distance est délicate à mesurer, mais elle influence pourtant la répression antiterroriste. Elle renvoie, en effet, à l'éternel problème de la définition de l'infraction de terrorisme, de la variété et de l'évolution de ses manifestations, problème qui se pose, avec une sérieuse gravité, au législateur, qui doit déterminer où commence et où finit l'acte de terrorisme.

Pour le Conseil constitutionnel français, l'étude de cette relation entre l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire et un acte de terrorisme s'inscrivait naturellement dans la recherche de la nécessité de la peine.

⁷²⁵ Cette recherche correspondait à une obligation du Conseil constitutionnel, au regard du fondement de son contrôle, le respect du principe de nécessité.

Après avoir constaté la différence de nature et d'effet entre les actes matériels directement attentatoires aux biens et aux personnes énumérés à l'article 421-1 du code pénal et le simple comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière, le Conseil constitutionnel a considéré « que ce comportement n'est pas en *relation immédiate* avec la commission de l'acte terroriste »⁷²⁶. À son sens, il n'existe donc pas de relation suffisamment directe entre l'aide fournie à une personne en situation irrégulière et la commission d'un attentat. De la même manière que le juge constitutionnel français a pu distinguer la nature et les effets des infractions, il condamne, ici, « le mélange des genres », puisque « dans un cas, on se trouve dans la législation antiterroriste, dans l'autre, dans la législation sur le séjour des étrangers et, il n'existe pas, *a priori*, de relation directe entre le fait d'être en situation irrégulière et, *a fortiori*, d'aider quelqu'un en situation irrégulière, et une infraction terroriste »⁷²⁷. Le lien entre l'aide à un étranger et l'acte de terrorisme ne peut systématiquement être établi.

L'exigence d'une relation entre un comportement donné et l'acte de terrorisme en tant que tel était déjà requise par l'énoncé de l'article 421-1 du code pénal. Cet article, dès sa première version issue de la loi du 9 septembre 1986, précise qu'un acte ne peut être qualifié d'infraction de terrorisme que s'il est « en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ».

Finalement, dans la décision du 16 juillet 1996, le Conseil constitutionnel ne fait que reproduire les exigences édictées par le législateur lui-même, et qu'il avait déjà pris soin de souligner dans la décision du 3 septembre 1986. En effet, « en notant que le comportement d'aide à un étranger n'est pas en relation immédiate avec la commission d'acte de terroriste », Pierre-Éric Spitz considère que « le Conseil constitutionnel rappelle implicitement l'une des deux conditions qu'il avait relevées dans la loi relative à la lutte contre le terrorisme »⁷²⁸, objet de sa décision n° 86-213 DC. Selon la loi du 9 septembre 1986, « il fallait, pour que les règles particulières au terrorisme fussent applicables, que non seulement les faits soient constitutifs de certaines infractions définies dans le code pénal, mais aussi que ces infractions soient en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation et la terreur »⁷²⁹.

La nouveauté de la décision n° 96-377 DC se situe donc dans l'exigence du Conseil constitutionnel d'une relation *immédiate* entre l'acte support de l'infraction et

⁷²⁶ *Cons. const.* n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. n° 8.

⁷²⁷ P.-E. SPITZ, « À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 96-377... », art. cit., p. 540.

⁷²⁸ P.-E. SPITZ, « À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 96-377... », art. cit., p. 540. Pour une présentation de la décision sous cet angle, cf. *supra*, titre 1^{er} de la première Partie.

⁷²⁹ *Ibid.*

la finalité terroriste. Comme cela a été souligné, cette « touche supplémentaire »⁷³⁰ posée par le Conseil constitutionnel sur l'immédiateté, permet de conclure qu'elle n'existait pas, de prime abord, au regard d'un comportement d'aide à un étranger en situation irrégulière.

Dans un esprit similaire, le Tribunal constitutionnel espagnol, après avoir constaté que l'apologie constituait « la manifestation publique, en termes d'éloge ou d'exaltation, d'un soutien ou d'une solidarité morale ou idéologique à des actions délictueuses déterminées », conclut que ces deux types de délit se distinguent et ne peuvent être confondus.

L'apologie ne peut donc être assimilée aux actions délictueuses qui lui servent d'objet, mais surtout, elle ne peut être entendue « *en tous les cas* comme induisant ou provocant de tels délits »⁷³¹. Le Tribunal constitutionnel s'est donc montré très ferme sur la question d'une éventuelle relation entre l'apologie d'un délit terroriste et la réalisation de ce délit : elle n'existe pas.

L'Avocat de l'État avait pourtant essayé de justifier la constitutionnalité de l'insertion de ceux qui font l'apologie des délits mentionnés à l'article 1^{er} de la loi organique 9/1984, dans le champ d'application de cette dernière. Il évoquait l'hypothèse que l'État espagnol ne devait pas se trouver face à un délit dépendant, par ses motivations ou par ses liens avec les organisations terroristes, pour lequel il ne serait possible d'appliquer des mesures spéciales d'enquêtes.

Le Tribunal constitutionnel n'a pas reçu cet argument. Il a estimé que le problème qui se posait à lui n'était pas celui du bien-fondé de cette inclusion, mais celui de savoir si le législateur était habilité par l'article 55-2 de la Constitution à prévoir des moyens particuliers d'investigations – parmi lesquels la suspension de certains droits fondamentaux – pour rechercher les personnes faisant l'apologie des délits mentionnés à l'article 1^{er} de la loi organique. C'est pourquoi le juge constitutionnel a d'abord examiné la nature et les effets entre les infractions, au regard de l'habilitation de l'article 55-2 de la Constitution espagnole.

Constatant une divergence de nature, le Tribunal constitutionnel a ensuite recherché le lien de cause à effet qui pouvait éventuellement apparaître entre l'apologie d'un délit et la réalisation dudit délit. Il est parvenu à une décision très explicite, en estimant que la manifestation publique d'une pensée positive au regard d'une action terroriste n'induit ni ne provoque la réalisation de cette action. Il n'existe aucune relation de cause à effet entre les deux comportements. Pour le

⁷³⁰ *Ibid.*

⁷³¹ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 4.

Tribunal constitutionnel, il est évident que l'article 55-2 de la Constitution n'autorise pas le législateur à inclure l'apologie d'un acte réalisé par une bande armée ou un groupe terroriste dans la liste des délits susceptibles d'être soumis à des moyens d'enquêtes spécifiques.

Le Tribunal constitutionnel a ainsi fait droit à un des arguments soulevés par le Parlement basque, en vertu duquel « l'apologie du délit [...] est un délit indépendant de l'activité terroriste »⁷³². Il a censuré, en partie, la rédaction de l'article 1^{er} de la loi organique 9/1984, et même s'il n'admet que de manière implicite que l'apologie d'un acte de terrorisme n'est pas un acte de terrorisme, il parvient à circonscrire la notion à travers la *délimitation* du champ d'application de l'article 55-2 de la Constitution espagnole.

La position du Tribunal constitutionnel, dans ce cas d'espèce, était assez attendue, car la relation entre l'apologie d'un délit et le délit objet d'apologie n'a jamais été une question pacifique en Espagne.

Cela explique le manque de position franche du Tribunal constitutionnel sur la question de savoir si l'apologie est un délit indépendant ou si l'apologie se trouve nécessairement en relation avec le délit objet d'apologie. La première option « attribue une entité propre à l'apologie alors que la seconde option le configure comme un fait dépendant du délit principal, objet d'apologie »⁷³³.

Dans le cas spécifique du terrorisme, la seconde option conduit à considérer l'apologie comme une *variante* des actes de terrorisme et justifie qu'elle soit punie par des peines plus graves que l'apologie de tout autre délit. Selon la première option, l'apologie de délits terroristes n'est pas foncièrement différente de l'apologie qui peut être faite d'un délit fiscal ou d'un vol, et mérite d'être punie par des peines indépendantes.

En l'espèce, le Tribunal constitutionnel laisse entendre qu'il s'agit bien de deux délits indépendants, car aucune relation n'existe de manière systématique entre eux. Il ne trouve aucune raison d'inclure ceux qui font l'apologie d'actes de terrorisme dans une loi qui vise à réprimer ce phénomène.

Le Tribunal constitutionnel confirme ainsi une position adoptée un an auparavant. Dans la décision 159/1986, du 12 décembre, il s'était prononcé sur le

⁷³² *STC* 199/1987, cons. en fait n° 9, § 1.

⁷³³ P. SÁNCHEZ-OSTIZ, « La apología del delito », art. cit., p. 633-634.

recours du directeur du quotidien *Egin* contre la décision qui condamnait ce dernier comme auteur de deux délits d'apologie de terrorisme. Le Tribunal suprême ⁷³⁴ avait rejeté le recours en cassation, interjeté par le directeur du quotidien contre la décision de l'*Audienca Nacional*, qui le condamnait comme auteur de deux délits d'apologie de terrorisme pour la publication de communiqués de l'organisation terroriste *ETA-Militar* dans son journal.

La base de cette condamnation résidait à l'article 1^{er} du décret-loi royal 3/1979, du 26 janvier : « L'apologie publique, orale ou écrite, ou par tout moyen d'impression ou tout autre procédé de diffusion, des conduites et activités des personnes citées au 1^o) de l'article 3 du présent décret-loi Royal [tous ceux commis par une ou plusieurs personnes intégrées dans des groupes ou des bandes organisées et armées] sera punie par une peine de prison minorée. »

Le Tribunal constitutionnel accepta l'*amparo* en reconnaissant qu'il existait un conflit entre les intérêts protégés par la loi pénale (poursuivre le délit de terrorisme à travers l'apologie) et la liberté d'expression et d'information (le droit du directeur d'un périodique à publier les communiqués émanant d'une organisation terroriste, dont le contenu apologique n'est pas remis en question). La décision 159/1986 démontre que le Tribunal constitutionnel procédait déjà à la distinction entre l'apologie d'un acte de terrorisme et l'acte en lui-même.

L'argumentation fournie par le juge constitutionnel s'est fondée sur la distinction entre l'action de rédiger et de transmettre les communiqués (dont le contenu apologiste est avéré) et celle de les diffuser (dont la qualité apologique est discutable et entre en collision précisément avec le droit d'information qui figure à l'article 20-1 de la Constitution espagnole) ⁷³⁵. Il a ainsi considéré que si ladite information « consiste dans la simple reproduction des communiqués sans aucun jugement de valeur qui puissent révéler que le journaliste assume le contenu apologique de ces derniers », si « la liberté d'information joue un rôle essentiel en tant que garantie institutionnelle du principe démocratique qui inspire notre Constitution », elle peut être prépondérante sur les intérêts qu'entend protéger la loi pénale ⁷³⁶.

Le Tribunal constitutionnel mesurait donc déjà la relation délicate qui pouvait exister entre un acte de terrorisme et l'apologie qui pouvait en être faite. Dans la décision *Engin*, il a considéré que ces deux délits poursuivaient des fins distinctes et qu'il n'y avait pas lieu de les assimiler.

⁷³⁴ STS du 13 décembre 1983.

⁷³⁵ STC 159/1986, cons. en droit n° 6.

⁷³⁶ STC 159/1986, cons. en droit n° 8.

La décision 199/1987 s'inscrit aussi dans cette ligne jurisprudentielle et revêt une importance particulière puisqu'elle n'a pas pour objet de mettre en balance la répression de l'apologie de terrorisme et un droit fondamental déterminé, mais qu'elle confronte ici les deux notions pour évaluer la nécessité de soumettre l'apologie du terrorisme au même régime dérogatoire que les actes de terrorisme. Le Tribunal constitutionnel compare les actes de terrorisme et l'apologie du terrorisme pour, finalement, les distinguer et ne pas les soumettre au même régime dérogatoire.

Le Conseil constitutionnel et le Tribunal constitutionnel ont ainsi tiré les conclusions de l'absence de relation, directe ou immédiate, entre l'acte de terrorisme et les comportements que le législateur avait assimilés au terrorisme pour déclarer les insertions de ces derniers inconstitutionnelles.

Ayant toutefois conscience que la relation entre ces différents actes et comportements pouvait évoluer, jusqu'à devenir étroite, les deux juges constitutionnels se sont assurés que, dans de telles hypothèses, ces actes ne resteraient pas impunis.

B. L'existence des moyens adéquats de répression

Après avoir constaté que le délit d'aide à un étranger n'est pas en relation immédiate avec la commission d'un acte de terrorisme, ou que l'apologie des actions terroriste n'induit ni ne provoque les actes de terrorisme, les deux juridictions constitutionnelles, française et espagnole, établissent l'absence du caractère systématique de la relation.

Elles savent, cependant, que si le législateur a souhaité insérer ces délits dans le champ de l'infraction de terrorisme, ce n'est pas un hasard. Ces comportements sont en effet susceptibles d'être liés à un acte de terrorisme : l'aide irrégulière à un étranger peut favoriser la commission d'un attentat ; les actes d'apologie, dans une certaine mesure, peuvent inciter à réaliser des actes terroristes.

Dans cette hypothèse, une relation apparaît entre les délits, et le juge constitutionnel admet le principe de la punition. Il s'agit d'une sorte de relation *intermédiaire*, c'est-à-dire ni complète (cela n'existe que pour des actes de même nature et de mêmes effets), ni inexistante (ce qui implique des délits différents, qui répondent au régime de droit commun, comme c'est le cas d'espèce).

Les juges constitutionnels français et espagnol ont dès lors cherché, dans le droit en vigueur, les dispositions qui permettraient d'assurer la répression de ces comportements, avant d'achever leurs raisonnements.

Pour le Conseil constitutionnel français, cette démarche correspond à l'ultime étape de l'examen d'une disposition législative au regard du principe de nécessité des peines ⁷³⁷.

Le juge constitutionnel français s'est interrogé sur le fait de savoir si le code pénal contenait une disposition permettant de réprimer le comportement d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger, dès lors que ce dernier serait un terroriste. Il conclut ainsi : « [...] lorsque cette relation apparaît, ce comportement peut entrer dans le champ de la répression de la complicité des actes de terrorisme, du recel de criminel et de la participation à une association de malfaiteurs prévue par ailleurs. » ⁷³⁸

Sur ce point, le Conseil constitutionnel rejoint les requérants qui avaient souligné que cette nouvelle *variante* de l'infraction de terrorisme était redondante, et donc, inutile, puisque si l'aide est fournie à un étranger en situation irrégulière qui se révèle être un terroriste, les personnes ayant fourni l'aide pouvaient déjà être punies sur la base d'autres qualifications pénales existantes ⁷³⁹.

Certains auteurs ont toutefois souligné que la complicité, le recel ou l'association de malfaiteurs ne peuvent être utilisés pour sanctionner *l'aidant* que si cette aide est faite en toute connaissance de cause, c'est-à-dire en sachant que l'étranger aidé s'apprêtait à commettre ou avait commis un acte de terrorisme ⁷⁴⁰. Dès lors que l'aide est fournie *sans aucune volonté* de participer à un acte de terrorisme, même si celui aidé est un terroriste, elle ne pourra pas être qualifiée d'aide au terrorisme (ce qui pourrait être le cas d'une organisation humanitaire). Cette restriction du champ de répression a été critiquée par les défenseurs de la disposition censurée. Les requérants, quant à eux, n'avaient pas manqué de souligner la gravité d'une telle répression alors que l'aide pouvait être fournie innocemment.

Cela dit, l'insertion du mot « intentionnellement » dans la rédaction de l'article 421-1 du code pénal par l'alinéa premier de l'article premier de la loi déferée,

⁷³⁷ *Cons. const.* n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. en droit n° 5.

⁷³⁸ *Cons. const.* n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. en droit n° 8.

⁷³⁹ Comme l'a repris le Conseil constitutionnel, les requérants mentionnaient la complicité d'acte de terrorisme dont ces personnes auraient fourni l'un des moyens, en vertu de l'article 121-7 du code pénal, le recel de terroriste dans le cas où elles lui auraient permis d'échapper aux recherches et à la répression (article 434-6 du code pénal, tel que modifié par la loi déferée), ou en tant que membre d'une association de malfaiteurs (article 450-1 mais surtout, depuis cette même loi, article 421-2-1 du code pénal).

⁷⁴⁰ C. TEITGEN-COLLY, F. JULIEN-LAFFERIERE, « Contrôle de constitutionnalité... », art. cit., p. 95.

engendrait le fait que l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger – si elle n'avait été censurée – n'aurait été punie que lorsqu'elle était « intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur »⁷⁴¹. Sur cet aspect relatif à la qualification de l'infraction, l'insertion de l'article 21 de l'ordonnance de 1945 dans la liste des délits susceptibles d'être qualifiés de terroristes n'aurait donc rien ajouté au droit existant.

En revanche, l'adhésion du Conseil constitutionnel au grief des requérants relatif à la non nécessité de la peine, et la précision des autres voies possibles pour réprimer une aide intentionnelle à un étranger qui se révélerait lié à une entreprise terroriste, sont positives à deux points de vue. D'une part, elles fournissent aux autorités pénales la solution permettant que la censure du Conseil n'aboutisse pas à l'impunité, comme cela a pu être affirmé par des parlementaires mécontents de la censure⁷⁴² ; d'autre part, elles incitent à une réflexion, à notre avis très légitime, sur la conception de l'infraction de terrorisme qui, au fil des années, a tendance à devenir aussi bien illisible que *fourre-tout*.

Le Tribunal constitutionnel a, lui aussi, souligné que les éventuelles ententes ou relations entre les apologistes et des organisations terroristes – mises en avant par l'Avocat de l'État – peuvent être poursuivies au titre de l'article 1^{er}, paragraphe 2, lettre k) de la loi organique 9/1984. Ce dernier prévoyait, en effet, que la loi s'appliquait à « tout autre délit réalisé par les personnes citées au paragraphe 1^{er}, lorsque la réalisation de ces derniers contribue à l'activité terroriste ou rebelle, tels que les délits connexes et ceux réalisés en coopération avec lesdites activités ou lesdits individus ».

Le juge constitutionnel espagnol n'avait aucune obligation de rechercher les autres voies de répression au regard de la saisine des requérants. En revanche, les observations de l'Avocat de l'État accordaient une large place aux liens hypothétiques entre le délit d'apologie et les groupes terroristes, liens qui pouvaient représenter un danger et devaient donc être réprimés par les moyens exceptionnels qu'offrait l'article 55-2 de la Constitution. Le Tribunal constitutionnel avait immédiatement rejeté cet argument hors de propos, rappelant qu'il lui appartenait

⁷⁴¹ Nouvelle formulation de l'article 421-1 du code pénal que le Conseil constitutionnel prend en considération pour son examen de la disposition litigieuse, tel que cela ressort du considérant n° 2 de la décision n° 96-377 DC.

⁷⁴² C. TEITGEN-COLLY, F. JULIEN-LAFFERIERE, « Contrôle de constitutionnalité... », art. cit., p. 95.

exclusivement de rechercher si le législateur était habilité par l'article 55-2 de la Constitution espagnole à prévoir une telle inclusion dans la notion de terrorisme.

On peut légitimement imaginer que le Tribunal constitutionnel aborde le terrain des autres voies de répression envisageables des actes d'apologie du terrorisme dans une optique similaire au juge français, c'est-à-dire pour ne pas laisser impunis des actes proches du terrorisme – qui n'en sont pas – lorsque ceux-ci entretiennent des relations étroites avec les groupes terroristes. C'est au niveau de *l'étroitesse* des liens que tout se joue, puisque les actes assimilés au terrorisme ne sont pas dans une relation suffisamment étroite pour être réprimés comme tels, mais dès lors qu'un semblant de relation apparaît, ils doivent être réprimés. Le Tribunal constitutionnel agit donc pour censurer ce qui est inacceptable tout en prenant acte de la gravité de la situation.

Cette alternative de répression des actes d'apologie du terrorisme – fournie par la loi elle-même – confirmait, pour le Tribunal constitutionnel, que l'éventuelle relation entre un apologiste et une cellule terroriste ne pouvait être réprimée, expressément et systématiquement, en vertu des règles de l'article 55-2 de la Constitution. Cela était trop sévère au vu de la variété du *lien* entre ces actions. En revanche, lorsqu'il est avéré que l'apologie contribue à l'activité terroriste au sens de l'article 1^{er}, alinéa second, lettre k), le Tribunal constitutionnel note que sa répression sera possible par des mesures dérogatoires au régime ordinaire.

En examinant ce rapport entre les délits et les moyens de répression, le Tribunal constitutionnel laisse tout de même sous-entendre que l'argument avancé par l'Avocat de l'État peut, à l'avenir, être reçu, dès lors qu'existe une sérieuse probabilité d'une relation entre des propos apologistes et un acte de terrorisme.

Le rapport entre le terrorisme et l'apologie du terrorisme en Espagne soulève régulièrement de profonds questionnements sur l'attitude qu'un État démocratique doit tenir vis-à-vis de la liberté d'expression, et notamment, dans sa version politique.

Dans la décision 48/2003 du 12 mars, le Tribunal constitutionnel a rejeté les griefs d'inconstitutionnalité soulevés par le Parlement basque à l'encontre de la loi organique 6/2002, du 28 juin ⁷⁴³, sur les partis politiques, dite LOPP. Cette loi rendait le débat sur la liberté d'expression très inconfortable, bien qu'elle ait été rédigée dans la volonté d'assurer un équilibre entre la liberté inhérente à la plus

⁷⁴³ Loi organique 6/2002, du 27 juin, sur les partis politiques, dite LOPP, *B.O.E.*, n. 154, p. 23600-23607.

grande expression du pluralisme et le respect des droits de l'Homme et la protection de la démocratie ⁷⁴⁴.

Le Tribunal constitutionnel a notamment déclaré la constitutionnalité de la possibilité de déclarer l'illégalité d'un parti politique lorsque ce dernier se rendait coupable d'apologie d'actes de terrorisme. Cette disposition était issue des articles 9 et 10 de la loi organique. L'article 9 autorisait la déclaration d'illégalité d'un parti politique dès lors que son activité porte atteinte aux principes démocratiques, notamment lorsque son action vise à détériorer ou détruire le régime de libertés, ou à nuire au bon fonctionnement du système démocratique, ou à l'éliminer, à travers diverses conduites, réitérées et graves. Parmi celles-ci, l'article 9 mentionnait le fait de « favoriser ou soutenir politiquement l'action d'organisations terroristes pour la réalisation de ses objectifs de subvertir l'ordre constitutionnel ou altérer gravement la paix publique, en soumettant à un climat de terreur les pouvoirs publics, des personnes ou des groupes déterminés de la société ou la population en général, ou en contribuant à multiplier les effets de la violence terroriste et de la peur et l'intimidation que cette activité génère » ⁷⁴⁵. L'article 9 précisait ensuite qu'un parti politique accomplissait une telle action dès lors qu'il exprimait un soutien express ou tacite au terrorisme en légitimant les actions terroristes par la réalisation d'objectifs politiques en marge de causes pacifiques et démocratiques, ou en innocentant et minimisant son sens et la violation des droits fondamentaux qu'il comporte ⁷⁴⁶.

Selon la saisine du Parlement basque, « en aucun cas, la non-condamnation ne peut correspondre à une forme de justification, de disculpation ou de légitimation des attentats contre le régime démocratique de libertés, ni ne peut s'apprécier comme un élément de preuve démontrant que l'action politique du parti est le reflet de celle que développent ses dirigeants et ses représentants ; elle se nourrit en connivence avec la violence, la terreur, la discrimination, l'exclusion et la violation des droits et libertés » ⁷⁴⁷.

Le Tribunal constitutionnel, en revanche, conclut qu'il est « un fait que la légitimation des actions terroristes, ou la disculpation ou la minimisation de leur caractère antidémocratique et la violation des droits fondamentaux qu'elles impliquent, peut se faire de manière implicite à travers des actes décisifs, dans des circonstances déterminées, puisqu'il est clair que dans de telles hypothèses, on ne peut parler de violation de la liberté d'expression [...] Ainsi conçu, le soutien cesse

⁷⁴⁴ Exposé des motifs, *B.O.E.*, n. 154, p. 23601-23602.

⁷⁴⁵ Article 9.2, c) de la loi organique 6/2002.

⁷⁴⁶ Article 9.3, a) de la loi organique 6/2002.

⁷⁴⁷ *STC* 48/2003, cons. en droit n° 10.

d'être une simple manifestation idéologique pour se transformer en un acte de collaboration avec le terrorisme ou la violence [...] et le même phénomène survient lorsque l'activité du parti, s'exprimant de manière réitérée et grave, porte atteinte aux principes démocratiques ou vise à détériorer ou détruire le régime de libertés ou rend impossible ou élimine le système démocratique ».

J. Moral de la Rosa déduit de la position du Tribunal constitutionnel le fait que « la dissolution d'un parti politique en raison de la réalisation de ce genre d'activités [au sens de l'article 9 de la loi déferée] ou de l'absence de manifestations, qui pourrait alors être une forme de légitimation par le silence de l'activité du groupe terroriste, affecte les structures démocratiques de l'État dans lequel ce parti prétend développer son activité et, en conséquence, génère une forme de violence ou de terreur qui affecte les structures de l'État de droit ». L'auteur poursuit en constatant que l'État de droit peut alors parfaitement se protéger d'une éventuelle dissolution – dont la source serait les propos tenus par le parti politique – « sans que ce comportement du parti en question, en tant qu'organe qui exprime la volonté de ses membres par ce type de messages, ne puisse être assimilé à sa liberté d'expression ou d'information ». Il estime justement qu'une telle attitude de la part d'un parti politique « crée une situation d'insécurité et d'alarme à l'encontre des valeurs démocratiques et de la collectivité en général qui justifie la dissolution du parti pour la situation qu'il crée et dans laquelle il entend se protéger ». J. Moral de la Rosa conclut alors que l'attitude de ce parti est une attitude terroriste et que « une fois de plus, ce sera cette situation de terreur ou d'alarme qui dérive de la manifestation expresse ou tacite de ceux qui légitiment ceux qui utilisent la violence contre la collectivité, qui servira à donner forme au concept de terrorisme »⁷⁴⁸.

Si l'on retient cette interprétation de la décision 48/2003, le Tribunal constitutionnel conserve sa définition du terrorisme telle que dégagée dans la décision 199/1987, pour finalement y intégrer l'apologie lorsque cette dernière constitue une variante du terrorisme en raison d'une relation immédiate et directe avec la situation créée dans l'ordonnancement.

Par ailleurs, la loi sur les partis politiques place le délit d'apologie tacite parmi les actes de *collaboration* à une activité terroriste et non en tant qu'acte *principal* de terrorisme. La décision du Tribunal constitutionnel laisse également supposer qu'il procèdera, de manière systématique, à une évaluation précise lui permettant de savoir si les actes d'apologie dépassent une certaine limite, qui les transforme en acte de collaboration d'un délit, ou s'ils restent en deçà et méritent un traitement

⁷⁴⁸ J. MORAL DE LA ROSA, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Madrid, Centro de Estudios financieros, 2005, p. 173.

indépendant. Une échelle de valeurs semble se dessiner, qu'il conviendra au Tribunal constitutionnel de préciser au fil de ses futures décisions.

Ce nouveau volet de la répression de l'apologie illustre bien combien cette dernière s'est toujours faite de manière très conjoncturelle. L'apologie de certains délits est un vrai reflet des principales luttes de l'État espagnol.

Le Conseil constitutionnel et le Tribunal constitutionnel adoptent tous deux une démarche très pragmatique et très consciencieuse de l'équilibre que doit atteindre la notion législative de terrorisme. C'est pourquoi ils soulignent la gravité des mesures procédurales qui s'appliquent dès lors qu'un acte reçoit la qualification terroriste.

§ 2 – La gravité d'élargir la notion de terrorisme

Le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel, dans la décision du 16 juillet 1996, laisse apparaître un glissement de l'application du principe de nécessité des peines vers la nécessité des infractions. Plus ou moins souligné en doctrine, ce virage peut illustrer une volonté, pour le juge constitutionnel, de maîtriser le fait de terrorisme au sein de son jugement de constitutionnalité pour que le phénomène ne justifie pas toute évolution de la définition de l'infraction (A). Le Conseil constitutionnel met d'ailleurs en évidence la gravité que le terrorisme génère au sein des règles procédurales. Le Tribunal constitutionnel insiste pareillement sur la solennité qui doit entourer l'application du mécanisme de suspension des droits fondamentaux (B).

A. Le glissement de l'examen du Conseil constitutionnel

Si le raisonnement du Conseil constitutionnel se situe officiellement et, en toute logique, sur le terrain de la méconnaissance du principe de nécessité des peines, la lecture des considérants de la décision n° 96-377 DC laisse toutefois transparaître l'impression qu'il s'agirait plus de la non nécessité de *l'infraction* que de la non nécessité de la *peine* qui a conduit à la censure.

Nombre d'auteurs s'accordent sur ce point. Comme le note F. Luchaire, « la constitutionnalité de la sanction n'est [...] mise en cause qu'en raison de la qualification de l'infraction. L'erreur manifeste est ainsi recherchée, non dans la proportionnalité de la sanction par rapport à l'infraction, mais dans la définition

même de l'infraction ; s'il y a une telle erreur dans cette définition, la sanction n'est plus nécessaire et doit donc disparaître en application de l'art. 8 de la DDHC » ⁷⁴⁹.

La rédaction des considérants 8 et 9 de la décision n° 96-377 DC confirme cette analyse puisque le Conseil conclut à l'erreur manifeste, après avoir souligné d'une part, la différence de nature (le comportement réprimé à l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ne peut être assimilé à un acte matériel directement attentatoire à la sécurité des biens ou des personnes), d'autre part, l'absence de lien entre l'incrimination et l'attentat terroriste (pas de relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste) et, enfin, l'existence d'un autre mode de répression (quand bien même un tel comportement concourrait à la réalisation d'un acte de terrorisme, il y aurait alors complicité). L'erreur manifeste du législateur réside donc dans la qualification de l'infraction et non dans celle de la sanction.

Parvenant au même constat, Th. S. Renoux s'estime toutefois peu convaincu par la motivation du Conseil qui aurait dû se prononcer, tout d'abord, sur la nécessité de l'infraction au titre de l'article 5 de la DDHC – et non l'article 8, même si les requérants l'y invitait – pour, ensuite, s'interroger sur la nécessité de la peine. D'ailleurs, l'auteur souligne que « contrairement à ce qui a été affirmé par des auteurs autorisés », le Conseil constitutionnel n'a pas sanctionné la nécessité de la peine et son caractère excessif, « mais le caractère imprécis (et donc non nécessaire) de la nouvelle infraction » ⁷⁵⁰. Nous pouvons cependant préciser que si le Conseil ne se fonde pas explicitement sur l'article 5 de la DDHC, son raisonnement ternaire suit la démarche prescrite par l'auteur : après l'analyse de la nature, des effets et de la nécessité de l'infraction, le Conseil achève son raisonnement sur la nécessité de la peine (qu'il estime disproportionnée).

⁷⁴⁹ F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme... », art. cit., p. 1251.

⁷⁵⁰ Th. S. RENOUX développe son sentiment en soulignant que, du moment que l'incrimination de l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 était insérée parmi la liste des infractions de l'article 421-1 du code pénal, elle devenait une infraction autonome, conformément à la conception du nouveau code pénal, qui érige les actes de terrorisme en infractions autonomes en les incriminant de manière spécifique, même s'ils restent toujours définis par référence aux crimes et délits de droit commun et au contexte dans lequel ils sont commis, même s'ils sont punis selon une échelle de peines propres, impliquant une aggravation de la répression par rapport aux mêmes faits matériels ne revêtant pas le caractère terroriste, puisqu'ils ne sont pas une circonstance aggravante d'une peine assortissant une nouvelle infraction existante mais une nouvelle infraction. L'auteur considère aussi que même en se plaçant sur le terrain de la nécessité de l'infraction, la censure au titre de l'erreur manifeste d'appréciation est surprenante, car « ce n'est pas l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers qui constitue en elle-même un acte de terrorisme mais l'aide intentionnelle en relation (qu'il aurait fallu établir sous le contrôle du juge judiciaire) avec une entreprise "individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur", ce qui est la définition moderne et pénale de l'infraction à caractère terroriste », en référence à l'art. 121-3 du code pénal. « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. » Ce serait l'imprécision de la nouvelle infraction, qui réside dans la relation intentionnelle avec une entreprise terroriste, que le juge censure, plus que sa non nécessité (cf. « Observations... », art. cit., 1996, p. 812-813).

B. Mercuzot estime, quant à lui, que cette censure se justifie par une application différenciée⁷⁵¹ du principe de nécessité. La peine n'ayant pas été modifiée par la loi déferée, le Conseil devait donc bien se prononcer sur la définition de l'infraction et, dans ce cas, « sa jurisprudence prouve qu'il n'hésite pas à opérer un contrôle plus incisif sur l'appréciation du législateur car il peut s'appuyer sur des éléments techniques tenant à la nature de l'infraction ou aux conditions de sa réalisation », comme sa jurisprudence le démontre⁷⁵². Il considère que l'argumentation du Conseil « montre comment le principe de nécessité des peines peut déboucher sur un contrôle multiforme, au point, qu'en l'espèce, il donne lieu à un véritable contrôle conceptuel de l'infraction »⁷⁵³.

Cette marge de liberté pour le Conseil se trouve, en revanche, irrémédiablement réduite lorsqu'il arrive sur le terrain de la nécessité de la peine, puisqu'un contrôle de proportionnalité de la peine l'amènerait à formuler un jugement subjectif⁷⁵⁴. Le Conseil constitutionnel évite d'aller sur ce terrain dangereux et a pour position de n'intervenir que si « les peines édictées devaient s'appliquer indépendamment des faits de l'espèce que seul le juge est à même d'apprécier »⁷⁵⁵. Sur cet aspect, F. Luchaire tire comme enseignement de cette décision le constat de la disparition du contrôle de proportionnalité des peines par rapport à l'infraction, « dans la mesure où le juge a la possibilité d'infliger une peine plus douce que celle prévue par la loi »⁷⁵⁶.

Ces controverses doctrinales sur l'origine du fondement du contrôle de constitutionnalité mettent en lumière la prise en compte du *fait* en tant que critère de contrôle, qui conduira le juge à se prononcer sur l'éventuelle existence d'une erreur manifeste d'appréciation⁷⁵⁷.

Censurant l'erreur manifeste entre les faits réprimés et la définition de l'infraction – et non entre l'infraction et la sanction – le Conseil constitutionnel rejoint le Conseil d'État et sa jurisprudence sur la notion d'erreur de fait, à l'image du célèbre arrêt Gomel du 4 avril 1914 : si « la place Beauveau ne forme pas une

⁷⁵¹ B. MERCUZOT, « Commentaires... », art. cit., p. 71.

⁷⁵² Cf. par ex. *Cons. const.* n° 93-321 DC, cons. n° 13, 15 et 39.

⁷⁵³ B. MERCUZOT, « Commentaires... », art. cit., p. 71.

⁷⁵⁴ Pour une application à la même loi, voir les considérants 24 à 28.

⁷⁵⁵ B. MERCUZOT, « Commentaires... », art. cit., p. 71-72. L'auteur cite d'ailleurs, à titre d'exemple, la censure d'une peine ayant un caractère automatique dans la décision n° 93-325 DC, considérant 49.

⁷⁵⁶ F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme... », art. cit., p. 1251-1252.

⁷⁵⁷ Pour une étude générale sur le fait, cf. J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Paris, Economica, 2001.

perspective monumentale [...] l'aide à un immigré clandestin, même terroriste, n'est pas nécessairement un acte de terrorisme ». Le rapprochement ainsi établi entre les deux juridictions, auquel « il convient d'adhérer [...] à propos de la prise en compte du fait » permet de comprendre que même s'il ne s'agit pas, en l'espèce, « d'une situation *directement perceptible* dans la réalité des faits qui est prise en considération »⁷⁵⁸ [...] le Conseil constitutionnel, en estimant que la qualification du comportement, telle que l'avait retenue le législateur, était manifestement erronée, entre à l'évidence dans le domaine des faits »⁷⁵⁹.

Cette prise en compte du fait au sein du jugement de constitutionnalité est particulièrement intéressante dans le cadre de la législation antiterroriste, en raison du poids singulier de cet objet.

En l'espèce, il est envisageable de considérer que le terrorisme a favorisé une lecture divergente du principe de nécessité des peines, afin de resserrer l'application de ce principe constitutionnel à la question de la nécessité de l'infraction. Ainsi, le juge constitutionnel français exprime un contrôle, certes concis, mais structuré autour de l'extension de l'infraction de terrorisme et dégage des clefs de lecture pour le développement d'une incrimination si importante pour l'État, dans les limites démocratiques.

C'est dans ce sens, également, qu'il faut interpréter la référence qu'il opère à l'encontre de la sévérité des règles dérogatoires antiterroristes.

B. L'impact de la qualification terroriste prise en compte par le juge constitutionnel

Le Tribunal constitutionnel et le Conseil constitutionnel ont pris soin de souligner, expressément, combien la qualification d'une action en acte de terrorisme était grave pour le régime des droits fondamentaux.

Le Tribunal constitutionnel conclut en effet son raisonnement, dans la décision 199/1987, en précisant que « l'inclusion de ceux qui feraient l'apologie des délits mentionnés à l'article 1^{er} de la loi dans le champ d'application de cette dernière

⁷⁵⁸ J.-J. PARDINI cite ici F. LUCHAIRE (*Le Conseil constitutionnel, Tome 1 - Organisation et attributions*, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 1997, p. 55-56) et renvoie à plusieurs décisions du Conseil constitutionnel, parmi lesquelles, notamment, la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Nationalisations I* ; la décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Privatisations* ; la décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Entreprise de presse* ; voir ses développements sur l'appréciation par le Conseil constitutionnel de situations de fait existantes, J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait »...*, *op. cit.*, p. 124-128.

⁷⁵⁹ J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait »...*, *op. cit.*, p. 126-128, qui cite toujours F. LUCHAIRE (*Ibid.*).

doit être considérée contraire à l'article 55-2 de la Constitution, dans la mesure où cela implique, pour les personnes visées, une suspension des droits fondamentaux prévue par le texte constitutionnel, en relation avec les art. 13 à 18 de la loi organique 9/1984 »⁷⁶⁰.

Aussi le Conseil constitutionnel achève-t-il son examen en déclarant « [qu'] en outre, la qualification d'acte de terrorisme a pour conséquence non seulement une aggravation des peines mais aussi l'application de règles procédurales dérogatoires au droit commun »⁷⁶¹.

Tout en suivant des chemins différents, les deux juges constitutionnels parviennent au même constat. L'aide à un étranger en situation irrégulière et l'apologie des délits de terrorisme sont des délits différents des actes de terrorisme au regard de leur nature, de leurs effets et de la relation que ces actions entretiennent de manière *classique* avec le terrorisme. Le renvoi à la gravité de l'assimilation de ces comportements à des actes de terrorisme, prévue initialement par le législateur, retentit comme un signal notable invitant à apprécier l'extension de la notion de terrorisme avec la plus grande prudence.

Pour le Tribunal constitutionnel, les conséquences de la qualification sont le fondement même de son contrôle de constitutionnalité, dans le sens où il doit examiner le champ d'application de la loi organique au regard de l'article 55-2 et des moyens exceptionnels d'enquêtes que cet article autorise. La mention de la suspension que la mise en œuvre de l'article constitutionnel engendre est donc logique, bien qu'elle résonne comme une mise en évidence de la gravité de la mesure et de son caractère *exceptionnel*.

Dans la décision du Conseil constitutionnel, on lit aisément, dans le considérant n° 8, que le Conseil constitutionnel mesure la gravité de la qualification terroriste qu'il assimile à une décision grave. Il ne va donc pas tolérer qu'en cas d'extrême nécessité « par rapport au type de comportement, par rapport au réseau pénal existant et par rapport aux conséquences que cela entraîne sur les personnes mises en cause »⁷⁶².

Ainsi, il a « davantage jugé la nécessité d'ériger en infraction de terrorisme le comportement visé à l'article 21 de l'ordonnance de 1945 que la nécessité

⁷⁶⁰ STC 199/1987, cons. en droit n° 4.

⁷⁶¹ Considérant n° 8 ; B. MATHIEU considère qu'il s'agit là de deux paramètres qui complètent l'appréciation, par le juge, du principe de nécessité des peines (« Chronique de jurisprudence constitutionnelle – Décision n° 96-377 DC... », art. cit., p. 7).

⁷⁶² V. BÜCK, *L'influence des cours constitutionnelles...*, *op. cit.*, § 514, p. 318.

d'incriminer ce comportement »⁷⁶³. L'absence de relation entre les infractions empêchait que l'infraction accessoire, qui n'était pas de même nature que l'infraction principale, ne soit punie comme elle, « eu égard notamment aux conséquences qu'aurait cette assistance sur le *quantum* de la peine encourue et sur les moindres garanties de procédure dont bénéficierait l'auteur de l'infraction »⁷⁶⁴.

Nous sommes, ici, sur le terrain de l'adéquation de la peine à l'infraction et le Conseil estime que « la portée de la qualification d'acte de terrorisme pour ce qui concerne l'aide directe ou indirecte à un étranger en situation irrégulière implique des conséquences procédurales *hors de proportion* avec les faits incriminés »⁷⁶⁵.

Si ce critère paraît, au demeurant, peu surprenant dans une analyse du respect du principe de nécessité des peines, il faut rappeler qu'il ne lui est pas exclusif. On retrouve en effet, ici, le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel, dans la décision n° 86-213 DC.

Nous savons que le Conseil constitutionnel a accepté les règles dérogatoires pour les faits de terrorisme. Il a, en revanche, censuré l'extension de l'application de ces règles, par l'article 4 de la loi en examen, à un plus grand nombre d'infractions, y compris celles constitutives de simples délits d'imprudence, qui ne présentaient pas les mêmes caractéristiques. Or, pour le juge constitutionnel, il est admis que ce sont ces caractéristiques qui justifient des règles d'instruction, de procédure et de jugement dérogatoires au droit commun⁷⁶⁶. En 1986, c'est déjà la portée de la qualification du concept de terrorisme qui implique « des conséquences procédurales hors de proportion »⁷⁶⁷, avec les infractions nouvellement insérées par le législateur au sein de l'article 706-16 du code de procédure pénale.

Dans la continuité de sa jurisprudence de 1986, le Conseil sous-entend, ici, que l'infraction visée à l'article 21 de l'ordonnance de 1945 ne présente pas les mêmes caractéristiques que celles de l'article 421-1 du code pénal. Il achève ainsi son examen de la nature des infractions visées par la disposition en examen et

⁷⁶³ *Ibid.*

⁷⁶⁴ C. TEITGEN-COLLY, F. JULIEN-LAFFERIERE, « Contrôle de constitutionnalité... », art. cit., p. 95.

⁷⁶⁵ P-E. SPITZ, « À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 96-377... », art. cit., p. 540. C'est nous qui soulignons.

⁷⁶⁶ Décision n° 86-213 DC du 3 septembre 1986, cons. 24.

⁷⁶⁷ Pour reprendre l'expression employée par P-E. SPITZ, « À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 96-377... », art. cit., p. 540.

censure la disproportion manifeste de l'appréciation du législateur, alors qu'il ne s'agissait pas d'une technique éprouvée ⁷⁶⁸ au regard de l'article 8 de la DDHC ⁷⁶⁹.

⁷⁶⁸ P-E. Spitz (*ibid.*) estime que cette décision est d'autant plus intéressante que la censure pour disproportion manifeste est peu courante : elle est intervenue deux fois (décisions n° 87-237 DC sur le taux d'une amende fiscale et n° 93-231 DC sur une incapacité ayant pour effet de priver de tout droit à acquérir la nationalité française).

⁷⁶⁹ Pour des applications antérieures de ce principe par le Conseil, voir la décision du 30 décembre 1987 (n° 87-237 DC, *Rec. P.* 63), dans laquelle le Conseil fait, pour la première fois, application positive du principe en invalidant une disposition législative qui prévoyait une sanction fiscale disproportionnée, sanction donc administrative et non pénale ; la décision du 20 juillet 1993 (n° 93-321 DC, *Loi réformant le Code de la nationalité*, *Rec.*, p. 63), dans laquelle le Conseil étend le champ de l'article 8 de la Déclaration au-delà des sanctions administratives et des peines prononcées par l'autorité judiciaire en l'appliquant aux « incapacités qui y sont attachées du fait de la loi » et à celles qui découlent de « décisions prises par une autorité administrative » ; pour une application négative de ce contrôle, il faut se référer à la décision des 19 et 20 janvier 1981 (n° 80-127 DC, *Loi Sécurité et Liberté*, *Rec.*, p. 15), qui déclare « [qu'] aucune disposition [...] de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 » ; cf, C. TETGEN-COLLY, F. JULIEN-LAFFERIERE, « Contrôle de constitutionnalité... », art. cit., p. 96.

Conclusion du Chapitre I

En conclusion, les décisions du Conseil constitutionnel et du Tribunal constitutionnel ont vocation à influencer l'évolution de la notion juridique du terrorisme.

La doctrine française a approuvé, dans une large mesure, la censure du Conseil. Elle a considéré que « l'extension de la notion d'acte de terrorisme trouve ainsi une limite de taille »⁷⁷⁰ et que le Conseil a voulu « stopper net toute tentative supplémentaire d'extension, de terrorisme “d'amont” ou, si l'on préfère, de terrorisme “par assimilation” »⁷⁷¹. Ce n'est ni plus ni moins qu'un refus d'une extension « sans fin de la notion »⁷⁷² que le Conseil français édicte en l'espèce.

Si la décision du juge constitutionnel espagnol a été approuvée au regard de la délimitation des rapports entre le terrorisme et l'apologie, elle a, en revanche, soulevé beaucoup de perplexité quant à l'insertion des groupes rebelles au sein de l'expression visée à l'article 55-2 de la Constitution⁷⁷³.

Ces décisions devaient guider l'action du législateur dans la formulation de l'infraction de terrorisme. Lorsque l'on examine ces dernières aujourd'hui, force est de constater que le législateur s'est autorisé quelques libertés, au point de mettre en place des infractions susceptibles de recouvrir tout comportement à finalité terroriste⁷⁷⁴.

Comme le soulignait F. Luchaire dans son commentaire sous la décision n° 96-377 DC, la censure, en l'espèce, est heureuse, car il était aisé de considérer l'insertion de l'infraction de l'article 21 de l'ordonnance de 1945 dans la liste des infractions terroristes comme « malvenue » parce que « inutile » et « source d'incohérence »⁷⁷⁵.

L'inutilité surgirait du fait que des poursuites sont déjà possibles au titre de la complicité notamment. Cela ne fait aucun doute, puisque le Conseil l'a souligné. En revanche, l'incohérence naîtrait de la confrontation de l'article 434-6 du code pénal,

⁷⁷⁰ D. RICHARD, « Le Conseil constitutionnel... », art. cit., p. 365.

⁷⁷¹ Th. RENOUX, « Observations... », art. cit., p. 813.

⁷⁷² D. RICHARD, « Le Conseil constitutionnel... », art. cit., 1997, p. 365.

⁷⁷³ P. CAMBOT, *La protection constitutionnelle* ..., *op. cit.*, p. 99. Cf. également, *infra*, titre 2 de la présente Partie.

⁷⁷⁴ Nous pensons, ici, aux articles 574 du code pénal espagnol et 270*sexies* du code pénal italien. Cf. *supra*, Chapitre 1^{er} du titre 1^{er} de la première Partie.

⁷⁷⁵ F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme... », art. cit., p. 1250.

tel que modifié par l'article 7 de la loi ⁷⁷⁶ et inséré au sein de l'article 421-1 du code pénal, avec l'article 25 de la loi modifiant l'article 21 de l'ordonnance de 1945 ⁷⁷⁷, en ce qui concerne l'exemption des poursuites pénales. En vertu des modifications apportées par l'ensemble de ces articles, si le comportement de l'article 434-6 du code pénal est qualifié d'acte de terrorisme (grave), les personnes exemptées sont plus nombreuses que si l'acte n'est pas un acte de terrorisme (moins grave).

Pour l'auteur, l'incohérence est manifeste. Nonobstant, comme il le rappelle, le Conseil constitutionnel censure la loi lorsqu'elle est inconstitutionnelle et non lorsqu'elle est incohérente.

Bien que perfectible, le contrôle de constitutionnalité du contenu de l'infraction de terrorisme est souhaitable pour encadrer cette notion dans des limites raisonnables. Nous ne pouvons que regretter l'absence de prises de position plus fréquentes, et surtout récentes, des juges constitutionnels sur cette question. Leur contrôle au regard des mesures antiterroristes aménageant l'exercice des droits fondamentaux a été, en revanche, plus fourni.

⁷⁷⁶ Art. 434-6 : le fait de fournir à la personne auteur ou complice d'un crime ou d'un acte de terrorisme puni d'au moins dix ans d'emprisonnement, un logement, un lieu de retraite, des subsides, des moyens d'existence ou tout autre moyen de la soustraire aux recherches ou à l'arrestation, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise de manière habituelle.

⁷⁷⁷ Article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 : « délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger : 1°) Toute personne qui, alors qu'elle se trouvait en France, aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 200 000 francs. » Ainsi, l'art. 21 de l'ordonnance prévoit que l'aide au séjour irrégulier d'un étranger est exemptée de poursuites lorsque cette aide est le fait d'un ascendant, d'un descendant ou du conjoint de l'étranger (sauf lorsque séparation de corps ou autorisation de résidence séparée) ; l'art. 434-6, auquel l'article 421-1 renvoie (depuis son insertion par la loi en examen), exempte de poursuites les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou complice du crime ou de l'acte de terrorisme et le conjoint de l'auteur ou du complice du crime ou de l'acte de terrorisme, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui.

Chapitre 2 :

Le renforcement des garanties des droits fondamentaux

La jurisprudence constitutionnelle relative à la législation antiterroriste traduit une volonté manifeste du juge constitutionnel d'encadrer les aménagements des droits fondamentaux, afin que la lutte contre le phénomène ne corresponde pas à une remise en cause des principes démocratiques.

La délimitation de la marge d'action du législateur s'opère aussi bien à travers des déclarations d'inconstitutionnalité que de constitutionnalité. En effet, dans chacune de ses hypothèses, le juge constitutionnel nourrit son raisonnement de précisions à l'égard du législateur ou des autorités ayant en charge l'application des dispositions examinées destinées à maintenir un cadre constitutionnel stable. Ces précisions, qui sont bien plus que de simples *détails*, s'insèrent à différentes places des décisions.

Œuvrant ainsi pour une lutte contre le terrorisme efficace et respectueuse de l'État de droit, le juge constitutionnel parvient à délimiter la compétence du législateur en matière de terrorisme en suivant trois voies principales.

D'une part, le Tribunal constitutionnel espagnol et le Conseil constitutionnel français veillent à ce que les aménagements des droits fondamentaux soient toujours assortis de la garantie minimale que représente l'intervention judiciaire (**Section 1**).

D'autre part, développant un contrôle acéré sur la base de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, le Tribunal constitutionnel censure, purement et simplement, l'appréciation du législateur organique lorsque ce dernier ne respecte pas le contenu du fondement constitutionnel de son action (**Section 2**).

Enfin, les trois juges constitutionnels, espagnol, français et italien, s'attachent à préciser certains aspects des dispositions législatives, afin que celles-ci ne deviennent pas inconstitutionnelles à la suite d'une mauvaise interprétation (**Section 3**).

Section 1 : Une garantie judiciaire indispensable

Les juges constitutionnels se montrent très attentifs à la place que le législateur accorde au juge judiciaire dans la protection quotidienne des droits fondamentaux, dès lors que ceux-ci voient leur exercice réduit pour le bien de la lutte contre le terrorisme. Cette surveillance toute particulière est normale étant donné que le juge, et plus particulièrement le juge judiciaire, est le garant traditionnel des libertés. Rien de plus normal donc, que le juge constitutionnel exige que l'intervention du juge soit systématiquement prévue (§ 1) et, en outre, qu'elle soit effective (§ 2).

§ 1 – La prévision de l'intervention judiciaire

La lutte contre le terrorisme ne justifie pas une remise en cause des droits et de leurs garanties. Le législateur ne peut, en conséquence, occulter le rôle du juge judiciaire pour faciliter l'action des forces de police. L'intervention de l'autorité judiciaire, en tant que gardienne des libertés, est un principe fondamental des ordonnancements démocratiques, si bien qu'elle est parfois implicitement prévue par les textes mais n'est pas toujours mentionnée dans chacune des dispositions législatives antiterroristes. À l'inverse, certains textes la consacrent comme une condition *sine qua non* de la validité des mesures contre le terrorisme. C'est le cas de l'article 55-2 de la Constitution espagnole qui, parmi les garanties que les constituants ont tenu à faire apparaître dans ce texte pour encadrer l'action du législateur organique, exige que chaque mesure de suspension des droits prévoie une intervention judiciaire « nécessaire ».

Dans un cadre normatif différent, les juges constitutionnels français et espagnols s'assurent que l'intervention de l'autorité judiciaire est bien prévue par les dispositions antiterroristes. Ainsi, ils rappellent parfois, très simplement, sa présence obligatoire pour éviter toute méprise (A). D'autres fois, le Tribunal constitutionnel espagnol a censuré sans ambages son oubli (B).

A. Un rappel salutaire

Le juge constitutionnel se contente parfois de reprendre les termes de la disposition législative déferée pour souligner que l'intervention de l'autorité judiciaire est prévue pour décider de la mesure limitative des droits fondamentaux.

Le Conseil constitutionnel, par exemple, s'est livré à un tel rappel, alors qu'il était sur le point de valider la disposition. Le Tribunal constitutionnel, quant à lui, a toléré que l'urgence pouvait justifier que les forces de l'ordre procèdent à des arrestations domiciliaires ou au contrôle de communications malgré l'absence d'autorisation judiciaire *a priori*, du moment qu'une intervention de celle-ci est prévue au cours de l'opération.

Dans la décision du 3 septembre 1986, lors de l'examen du nouvel article 706-23 du code de procédure pénale, qui prolongeait la durée de garde à vue dans le cadre des enquêtes sur les actes de terrorisme, le Conseil constitutionnel reconnaît le bien-fondé de la disposition en raison des recherches *particulières* qu'exige ce type d'infractions ⁷⁷⁸.

Il complète son raisonnement en soulignant que l'article déferé à son examen « exige que la prolongation de la garde à vue soit subordonnée à une *décision du magistrat du siège* auquel l'intéressé doit être présenté » et, conformément aux règles de portée générale du code de procédure pénale qui, comme le précise le Conseil constitutionnel, s'appliquent évidemment à la garde à vue, cette dernière étant placée sous le contrôle du procureur de la République ⁷⁷⁹. Ces mentions font écho à la saisine des requérants qui contestaient l'insuffisance des garanties entourant la prolongation de la garde à vue ⁷⁸⁰. Le juge constitutionnel français expose ainsi les garanties déjà prévues par l'article déferé et, ensuite, les règles de portée générale du code de procédure pénale, afin de souligner la place de l'autorité judiciaire et de conclure que « *dès lors*, les dispositions de l'article 706-23 nouveau du code de procédure pénale ne méconnaissent pas l'article 66 de la Constitution » ⁷⁸¹.

La même précision se retrouve dans la décision n° 96-377 DC relative à la seconde loi antiterroriste du 22 juillet 1996, au sujet des garanties entourant la possibilité de procéder à des perquisitions de nuit.

⁷⁷⁸ Cons. const. n° 86-213 DC, cons. 17. Pour rappel, le Conseil estime que « le champ d'application des dispositions critiquées concerne des enquêtes portant sur des infractions déterminées appelant, en raison de leur rapport avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, des recherches particulières ».

⁷⁷⁹ Cons. const. n° 86-213 DC, cons. n° 17.

⁷⁸⁰ Cons. const. n° 86-213 DC, cons. 16. Les requérants considéraient que « le respect de la liberté individuelle exigerait que, en cas de prolongation de quarante-huit heures de la garde à vue, la présentation de l'intéressé à un magistrat du siège et l'intervention d'un examen médical soient quotidiennes ». Le Conseil constitutionnel ajoute ainsi, dans son considérant, qu'« est prescrite la surveillance médicale de la personne gardée à vue » et qu'au titre des règles de portée générale du code de procédure pénale, « conformément au dernier alinéa de l'article 64, un examen médical passé vingt-quatre heures si l'intéressé en fait la demande ».

⁷⁸¹ Cons. const. n° 86-213 DC, cons. n° 17. C'est nous qui soulignons.

L'article 10 de la loi déferée mettait en œuvre les visites, perquisitions et saisies de nuit dans le cadre des enquêtes de terrorisme. Le Conseil constitutionnel a validé ces opérations dans le cadre des enquêtes de flagrance. Il les a en revanche censurées au cours de la phase de l'enquête préliminaire et de l'instruction ⁷⁸².

Pour autoriser les perquisitions de nuit « dans le cas où un crime ou un délit susceptible d'être qualifié d'acte de terrorisme est en train de se commettre ou vient de se commettre », il prend en compte les exigences de l'ordre public et le caractère d'urgence inhérent à la notion de flagrance. Il valide ensuite la disposition législative « à condition que *l'autorisation de procéder aux dites opérations émane de l'autorité judiciaire*, gardienne de la liberté individuelle, et que le déroulement des mesures autorisées soit assorti de garanties procédurales appropriées ». Le Conseil constitutionnel précise alors que « le législateur a fait du président du Tribunal de grande instance ou de son délégué, magistrats du siège, *l'autorité compétente pour autoriser la mesure*, en exigeant une décision écrite motivée précisant la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée, l'adresse des lieux concernés, les éléments de fait justifiant la nécessité des opérations ; qu'en outre, il a placé les opérations sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, lequel peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales » ⁷⁸³.

Le Conseil constitutionnel conclut que ce n'est « *que dans ces conditions* » ⁷⁸⁴ que « le législateur n'a pas apporté une atteinte excessive au principe d'inviolabilité du domicile, eu égard aux nécessités de l'enquête en cas de flagrance » ⁷⁸⁵.

Le Tribunal constitutionnel espagnol est intervenu à plusieurs reprises pour rappeler combien l'intervention de l'autorité judiciaire représentait une exigence essentielle dans le cadre de la suspension des droits fondamentaux en matière de lutte contre le terrorisme. Ce rappel est cependant peu étonnant lorsque l'on sait que l'article 55-2 de la Constitution espagnole prévoit expressément que les mesures de suspension des droits reconnus aux articles 17, alinéa 2, 18, alinéa 2 et alinéa 3, de la Constitution doivent être encadrées par un certain nombre de garanties, parmi lesquelles le constituant a inséré une intervention judiciaire « nécessaire » ⁷⁸⁶.

⁷⁸² *Cons. const.* n° 96-377 DC, cons. n° 17 et s..

⁷⁸³ *Cons. const.* n° 96-377 DC, cons. n° 17. Le Conseil constitutionnel achève son explication en notant que « les opérations en cause ne peuvent, à peine de nullité, laquelle revêt un caractère d'ordre public, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions qu'il a ainsi visées ».

⁷⁸⁴ Le Conseil constitutionnel a aussi fait suivre l'exposé des garanties procédurales de deux réserves d'interprétation sur lesquelles nous reviendrons *infra*.

⁷⁸⁵ *Cons. const.* n° 96-377 DC, cons. n° 17.

⁷⁸⁶ Pour une présentation de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, cf. *supra*, première Partie.

Dans la décision 199/1987, le Tribunal constitutionnel est largement venu préciser ce qu'il fallait entendre par la « nécessaire intervention judiciaire ». En effet, quatre des articles de la loi organique 9/1984 prévoyaient des mesures coercitives de liberté, sans que le juge judiciaire n'intervienne (articles 13 et 15, alinéa 1) ou sans l'accord préalable du juge (articles 16 et 17, alinéa 2). Les requérants n'ont pas manqué de contester la loi dans son ensemble du fait qu'elle méconnaissait de manière grossière la garantie de la « nécessaire intervention judiciaire », exigée par l'article 55-2 de la Constitution. Ils l'interprétaient d'ailleurs comme devant obligatoirement être *préalable* à l'opération de contrôle.

Au terme d'un raisonnement particulièrement étayé ⁷⁸⁷, le Tribunal constitutionnel retient que l'exigence d'une intervention judiciaire, selon l'article 55-2 de la Constitution espagnole, n'équivaut pas automatiquement à une intervention préalable de cette autorité. Selon les situations qui se présentent aux forces de police, la Constitution peut tolérer une intervention judiciaire après que l'atteinte au droit fondamental a été réalisée .

Ainsi, il précise que « l'article 55-2 de la Constitution habilite seulement le législateur à moduler l'intervention judiciaire [...] mais pas à la supprimer » ⁷⁸⁸.

Si la précision du juge constitutionnel espagnol, relative à l'interdiction pour le législateur de supprimer l'intervention judiciaire, est évidente de prime abord, elle lui permet d'exposer explicitement les exigences démocratiques. Ainsi, lorsque le législateur est allé jusqu'à exclure l'intervention judiciaire pour des mesures pourtant attentatoires à la liberté individuelle, le Tribunal constitutionnel n'a pas hésité à les censurer.

B. Une censure automatique de la carence de l'intervention

Dans la décision 199/1987, le Tribunal constitutionnel espagnol a censuré deux dispositions de la loi organique 9/1984, par lesquelles le législateur organique prévoyait des mesures restreignant la liberté individuelle sans que le juge judiciaire ne puisse intervenir.

Il ressort clairement de son raisonnement que le juge doit, d'une part, autoriser *expressément* la prolongation d'une mesure privative de liberté, telle que la garde à vue, avant que celle-ci n'ait débuté et, d'autre part, confirmer le bien-fondé d'une mesure modifiant le degré de la privation de liberté décidée par l'autorité administrative.

⁷⁸⁷ STC 199/1987, cons. en droit n° 7.

⁷⁸⁸ STC 199/1987, cons. en droit n° 9.

L'article 13 de la loi organique 9/1984 instaurait de nouvelles règles pour la garde à vue dans le cadre des infractions de terrorisme et prévoyait, à cet effet, la mise à la disposition de l'autorité judiciaire du détenu dans les soixante-douze heures à compter du début de la mesure, ainsi que la prolongation du délai de garde à vue « le temps nécessaire aux fins de l'enquête », dans la limite d'une prolongation de sept jours supplémentaires. La disposition législative précisait, en outre, que la proposition de prolongation de la détention devait être soumise à la connaissance du juge avant l'expiration du délai de soixante-douze heures. Ce dernier disposait ensuite d'un délai de vingt-quatre heures pour valider ou refuser ladite prolongation.

Les Parlements basque et catalan contestaient tous deux la constitutionnalité de cette disposition au motif qu'elle permettait une prolongation de la garde à vue au-delà des soixante-douze heures autorisées par la Constitution, sans une intervention et une décision judiciaire ⁷⁸⁹.

Selon eux, cette prévision équivalait à écarter le juge judiciaire de la décision de prolongation de la garde à vue. Ils centraient leur saisine sur le fait que l'article 55-2 de la Constitution, sur le fondement duquel la loi organique déférée avait été adoptée, exigeait une décision judiciaire préalable à la mesure suspendant la liberté individuelle, telle que proclamée à l'article 17, alinéa 2, du même texte, par le biais de la garantie de la « nécessaire intervention judiciaire ». Or, l'article 13 ne respectait pas cette exigence.

À leur sens, la simple *communication* de la décision de prolongation au juge judiciaire ne pouvait suffire à remplacer une *autorisation* du juge, et ce, d'autant plus que les dispositions de l'article permettaient finalement une prolongation *automatique* de la garde à vue, sans décision judiciaire concrète. Il suffisait, en effet, à l'autorité gouvernementale supervisant la garde à vue, de communiquer la décision de prolongation au juge, ce qui revenait à l'en informer, avant que les soixante-douze premières heures ne se soient écoulées pour se conformer à la législation en vigueur et détenir un présumé terroriste pendant dix jours.

Certes, le juge judiciaire avait la possibilité, vingt-quatre heures au plus tard après avoir été informé de la volonté de l'autorité gouvernementale, de révoquer la prolongation, mais cette *concession* faite au juge ne pouvait empêcher le début de la

⁷⁸⁹ Les requérants considéraient aussi que l'article 13 autorisait un délai global de détention en garde à vue de dix jours, ce qui équivalait à exercer, sur le détenu, une pression morale incompatible avec les droits des articles 17 et 24 de la Constitution et des Conventions internationales ratifiées par l'Espagne. Pour le développement de la position du Tribunal constitutionnel sur ce point, cf. *infra*. et STC 199/1987, cons. en fait n° 3 et 8.

prolongation que dans de rares hypothèses⁷⁹⁰. L'article 13 de la loi organique 9/1984 permettait qu'une personne soit privée de sa liberté pendant vingt-quatre heures sur la simple décision de l'autorité gouvernementale et, surtout, avec une possible révocation de la décision de prolongation par le juge.

Pour les requérants, le fait de lier la prolongation de la garde à vue à la *communication* de la décision au juge ne peut empêcher que la prolongation ne prenne effet sans l'autorisation expresse de l'autorité judiciaire. Une loi qui laissait place à une telle situation était, à leur sens, forcément contraire à l'article 55-2 de la Constitution, car elle instaurait une dénaturalisation de la « nécessaire intervention judiciaire »⁷⁹¹.

Les requérants reprochaient au législateur de n'avoir pas prévu l'intervention du juge judiciaire préalable à toute mesure de suspension des droits au regard de plusieurs articles. Au-delà de l'inconstitutionnalité de l'article 13 sur ce point, le même grief était formulé à l'encontre des articles 16 et 17, alinéa 2, de la loi organique 9/1984, qui autorisaient la suspension de l'inviolabilité du domicile et du secret des correspondances sans prévoir une décision judiciaire *préalable* aux opérations de perquisition ou de contrôle des communications.

L'Avocat de l'État défendait l'absence de décision judiciaire préalable à l'ensemble de ces opérations en soutenant que cela correspondait à l'interprétation de l'article 55-2 de la Constitution. Il précisait que si le juge devait intervenir avant les 72 heures – ou avant le commencement des opérations de police pour les deux autres articles – le mécanisme de suspension individuelle des droits serait vidé de son sens et l'article 55-2 serait ainsi violé. De manière plus spécifique à la prolongation de la garde à vue, il précise que la possibilité de prolonger cette mesure, sans décision judiciaire, n'est « qu'une simple conséquence de l'effet suspensif du droit inhérent à l'article 55-2 »⁷⁹².

Le Tribunal constitutionnel a donc pris soin d'introduire dans un considérant spécifique l'examen des articles 13, 16 et 17, alinéa 2, de la loi organique déférée, afin de poser le problème que soulevait la conciliation entre, d'une part, l'effectivité du mécanisme de suspension des droits fondamentaux de l'article 55-2 de la

⁷⁹⁰ Si l'on fait un rapide calcul, seule une communication au juge dans les premières 48 heures de la garde à vue permettait au juge d'intervenir avant la fin des 72 heures. Cela n'étant pas exigé par l'article, on peut largement supposer que l'autorité gouvernementale décide d'informer le juge de la prolongation à la 71^{ème} heure, ce qui veut dire que, dans le meilleur des cas, le juge se prononce avant la 95^{ème} heure.

⁷⁹¹ *STC* 199/1987, cons. en fait n° 9.

⁷⁹² *STC* 199/1987, cons. en fait n° 11.

Constitution et, d'autre part, le respect de la « nécessaire intervention judiciaire » exigée par le même article. Il a ensuite examiné chacune de ces dispositions de manière indépendante, afin d'évaluer si le législateur avait correctement assuré la coexistence de ces exigences constitutionnelles.

Concernant la portée de l'article 55-2 de la Constitution espagnole et la suspension de l'article 17, alinéa 2, du même texte, le Tribunal constitutionnel indique que la suspension individuelle de l'article 17, alinéa 2, de la Constitution ne revient pas à accepter que toute prolongation de la garde à vue au-delà de soixante-douze heures puisse se faire sans une intervention judiciaire préalable qui l'autorise expressément. L'article 55-2 permet strictement que la durée de la garde à vue puisse être prolongée au-delà du délai de soixante-douze heures fixé par l'article 17, alinéa 2, de la Constitution. Pour le Tribunal constitutionnel, ce n'est que cette possibilité de prolongation de la détention au-delà du délai de soixante-douze heures qui caractérise la suspension du droit reconnu à l'article 17, alinéa 2, de la Constitution.

Pour reprendre les mots du juge constitutionnel espagnol, « la suspension du droit se limite ainsi exclusivement à cette prolongation du temps de la garde à vue et, ni ne modifie le sens processif de la mesure, ni n'affaiblit en principe les autres garanties offertes au détenu » ⁷⁹³.

En outre, le Tribunal constitutionnel revient sur le constat que l'article 55-2 lui-même exige une intervention judiciaire qu'il qualifie de « nécessaire ». Cela permet donc de présumer qu'elle ne peut être supprimée.

Si le juge constitutionnel est prêt à accepter une lecture souple de la notion de nécessité au vu des circonstances, en validant une intervention judiciaire postérieure à l'atteinte au droit par les articles 16 et 17, alinéa 2, de la loi organique 9/1984, il considère que « la prolongation de la garde à vue ne peut ni débiter ni se dérouler *sans une préalable et expresse* autorisation judiciaire », conformément à la lecture combinée des articles 17, alinéa 2, et 55-2 de la Constitution ⁷⁹⁴.

Le Tribunal constitutionnel ne rejoint pas l'Avocat de l'État qui, pourtant, tentait de défendre la disposition en arguant du rôle actif du juge judiciaire ⁷⁹⁵.

⁷⁹³ STC 199/1987, cons. en droit n° 8.

⁷⁹⁴ STC 199/1987, cons. en droit n° 8.

⁷⁹⁵ V. le cons. en fait n° 11, 5) et le cons. en droit n° 8. Le Tribunal constitutionnel rectifie l'un des arguments avancés par l'Avocat de l'État. D'après ce dernier, la communication au juge, prévue à l'article 13 de la loi organique 9/1984, aurait le même sens que la « mise à la disposition de l'autorité judiciaire » prévue à

L'Avocat de l'État précisait, en effet, que l'article 13 ne prévoyait pas une simple réception de l'information de prolongation de la garde à vue, mais une intervention judiciaire décisive pour la liberté du détenu. S'il reconnaît qu'il peut y avoir un délai – qu'il qualifie de bref – entre la communication et la décision du juge judiciaire, qui entraîne le dépassement des 72 heures, cela n'est qu'une possibilité qui dépend, selon lui, de la seule rapidité avec laquelle le juge va traiter l'information.

S'il ne remet pas en question le rôle actif du juge judiciaire, le juge constitutionnel estime que celui-ci *doit* se manifester avant que la prolongation ne débute. Dès lors, « en permettant cette prolongation avec la simple communication ou demande de prolongation sans exiger la préalable et expresse autorisation de l'organe judiciaire, l'article 13 de la loi organique est inconstitutionnel ».

Le Parlement basque avait complété sa saisine en convenant que le détenu devait comparaître devant le juge judiciaire avant que celui-ci ne prenne sa décision ⁷⁹⁶. Cela aurait permis à l'autorité judiciaire de prendre la décision relative au bien-fondé de la prolongation de la garde à vue en se basant sur des informations un tant soit peu « contrastées » et non, comme le prévoyait l'article 13 de la loi organique, sur la base des seules informations qu'auront bien voulu lui transmettre les forces de police.

Le Tribunal constitutionnel n'est pas allé aussi loin que le proposait le Parlement basque en n'exigeant pas une comparution du détenu devant le juge. Il s'est contenté d'assurer le seuil minimal de garantie de la liberté individuelle du détenu, au regard des dispositions constitutionnelles, en exigeant une autorisation du juge en amont de la prolongation de la privation de liberté.

Dans la même décision 199/1987, le Tribunal constitutionnel a également censuré l'article 15, alinéa 1^{er}, de la loi organique 9/1984, pour ne pas avoir prévu

l'article 17, alinéa 2, de la Constitution, étant donné que le juge doit expressément autoriser ou révoquer la prolongation de la garde à vue au regard de la situation personnelle du détenu, avec toute la liberté de jugement qui lui est classiquement reconnue. Le juge constitutionnel estime, à l'inverse, que la « nécessaire autorisation judiciaire » ne constitue pas une « mise à la disposition de l'autorité judiciaire » au sens de l'article 17, alinéa 2, de la Constitution, « mais exactement le contraire ». Il précise, en effet, que la personne détenue pour les enquêtes sur l'un des délits auxquels la loi organique se réfère, peut, suite à une autorisation du juge et dans le but exclusif de permettre la poursuite des investigations, se trouver mise, pour une période plus longue, à la disposition de l'autorité gouvernementale ou de la police. Le Tribunal constitutionnel conclut ainsi que l'article 55-2 de la Constitution n'est donc pas vidé de son sens, puisque la suspension individuelle du droit de liberté peut seulement s'entendre comme la suspension de la limite maximale de la garde à vue, mais avec la nécessaire intervention judiciaire.

⁷⁹⁶ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 9, §4.

l'intervention du juge avant la mise à l'isolement du détenu ⁷⁹⁷. Le raisonnement du juge est encore une fois très complet car il valide, sur le principe, *l'esprit* de la disposition, c'est-à-dire la compétence de l'autorité administrative à décider de la mise au secret d'une personne gardée à vue, mais il en censure les modalités.

La disposition permettait à l'autorité administrative de maintenir au secret les personnes placées en garde à vue pour délits de terrorisme, « le temps qu'elle estimera nécessaire pour procéder aux enquêtes ou à l'instruction », sans préjudice du droit de la défense qui appartient à tout détenu ou prisonnier et de l'application des articles 520 et 527 du code de procédure pénale (*LECrim*).

Sa constitutionnalité se trouvait contestée par les Parlements catalan et basque ⁷⁹⁸.

⁷⁹⁷ Le Tribunal constitutionnel a examiné l'article 15, alinéa 1^{er}, de la loi organique 9/1984, alors que l'Avocat de l'État l'invitait à se déclarer incompétent en raison d'une prétendue décision antérieure sur la même norme. En effet, pour l'Avocat de l'État, cet article était absolument identique à l'article 3-3 de la loi organique 11/1980 du 1^{er} décembre et ne comportait aucune nouveauté. Aussi, l'article de la loi organique 11/1980 ayant déjà fait l'objet d'un recours en inconstitutionnalité devant le Tribunal constitutionnel de la part du Parlement basque, le Tribunal constitutionnel ne pouvait se prononcer une seconde fois sur la même norme. Le Tribunal constitutionnel refusa d'aller sur ce terrain. D'une part, parce que la loi organique 9/1984 n'est pas une simple refonte de normes existantes mais une nouvelle loi, qui s'est substituée et a dérogé à la loi organique 11/1980 en apportant de « considérables modifications ». Comme cela est absolument normal dans toute succession normative, certains aspects de la loi déférée peuvent coïncider avec des passages de la loi à laquelle il est dérogé. Il s'agit donc d'une « nouvelle » loi dans laquelle l'article 15, alinéa 1^{er}, prend place. Ce dernier n'est pas une reproduction littérale d'un ancien article. D'autre part, l'article 38-2 de la LOTC n'a pas à être invoqué ici par rapport à la décision 25/1981 du 14 juillet, puisque le Tribunal constitutionnel ne s'est pas prononcé sur le fond de la loi organique 11/1980 et, en conséquence, sur l'article 3-3 de celle-ci. Cf. *STC* 199/1987, cons. en droit n° 11.

⁷⁹⁸ L'article 15, alinéa 1, de la loi organique 9/1984 faisait l'objet d'un recours de la part des Parlements catalan et basque, qui estimaient que le renvoi à l'article 527 du code de procédure pénale (ci-après *LECrim*) affectait le contenu essentiel du droit à l'assistance d'un avocat, reconnu à l'article 17, alinéa 3, de la Constitution et par les Traités internationaux. L'inconstitutionnalité de la disposition était, à leur sens, évidente, d'autant plus que l'article 17, alinéa 3, de la Constitution ne peut être suspendu en vertu de l'application de l'article 55-2 du même texte. Les deux saisines contestaient également le fait qu'une autorité non judiciaire puisse décider seule de la mise au secret du détenu. Le Parlement basque spécifiait que cela allait à l'encontre des principes constitutionnels d'égalité, de liberté, de présomption d'innocence et de l'interdiction de l'arbitraire. Cf. *STC* 199/1987, cons. en fait n° 3, §5 et n° 9, §5. Le Tribunal constitutionnel a ainsi pris acte du contenu des saisines, mais il a *recadré* la question posée par les requérants. Il a effectivement vu dans les saisines des requérants plus une remise en cause du mécanisme même de mise au secret du détenu dans la législation processuelle pénale, en raison des effets produits sur cette mesure par les articles 520 et 527 de la *LECrim*, que l'inconstitutionnalité de l'article 15, alinéa 1, de la loi organique. Pourtant, les articles de la *LECrim* sont simplement cités par le texte de la loi organique déférée et ni ils ne l'altèrent, ni ils ne la modifient, sauf en ce qui concerne l'autorité compétente pour adopter la mesure de mise au secret. Le Tribunal constitutionnel cite la décision 24/1982 du 13 mai. Puis, dans le même sens, il rappelle la décision 11/1981, du 8 avril. En conséquence, pour le Tribunal constitutionnel, seul le texte de l'article 15.1 peut faire l'objet d'un examen dans le présent recours. La problématique générale du mécanisme de mise au secret et son éventuelle compatibilité avec les autres droits fondamentaux et, en particulier, celui des droits de la défense de la personne détenue, ne peuvent être examinées dans la présente décision. Il conclut alors que, même si pour examiner la constitutionnalité de l'article 15, alinéa 1, de la loi organique, il va automatiquement prendre en compte les conséquences qui découlent de la situation de mise au secret, il refuse d'entrer sur le terrain des allégations relatives à la figure générale de celle-ci. Le Tribunal constitutionnel va donc limiter son examen au grief du Parlement basque, selon lequel la décision d'isolement durant les premières 72 heures de la garde à vue peut être prise par la seule autorité administrative et non par l'autorité judiciaire, comme cela est constitutionnellement exigé.

L'Avocat de l'État défendait la constitutionnalité de la prévision du fait que la mise au secret du détenu était une modalité de la privation de liberté et, de fait, devait appartenir à l'autorité qui avait procédé à cette privation. La thèse de l'Avocat de l'État était légitimée par une décision du Tribunal constitutionnel, rendue quelques mois plus tôt.

Dans la décision 2/1987 du 21 janvier 1987, ce dernier avait affirmé que lorsqu'il existe déjà une mesure privative de liberté, les mesures qui modifient la situation du détenu ne peuvent, en elles-mêmes, être considérées comme constitutives de privation de liberté, puisque la liberté personnelle admet différentes formes de restrictions, eu égard aux différents degrés d'intensité.

Le Tribunal constitutionnel refuse toutefois d'appliquer cette jurisprudence au cas d'espèce, considérant que la mise au secret est « bien plus qu'un degré d'intensité de la privation de liberté, vu les conséquences spécifiques qui s'attachent à la situation d'isolement pour les droits des citoyens »⁷⁹⁹ et, en particulier, durant la phase de garde à vue.

Il se fonde sur l'expérience espagnole, mais aussi étrangère, pour estimer qu'un usage illimité et extensif de la mise au secret durant la garde à vue représente un réel danger pour les droits des articles 15, 17 et 24, alinéa 2, de la Constitution.

C'est pourquoi « dans l'ordonnancement espagnol », la décision de mettre au secret un détenu doit *toujours* appartenir *au juge*, y compris dans les cas de garde à vue.

Le juge constitutionnel espagnol insiste sur le fait que, dans cette hypothèse bien précise, la garantie de l'intervention judiciaire, mentionnée à l'article 55-2 de la Constitution, est *plus nécessaire* que dans toutes les autres hypothèses de suspension des droits fondamentaux, en raison du rôle de l'autorité judiciaire en tant que garante de la liberté et des droits et libertés des citoyens.

L'article 55-2 de la Constitution ne peut donc être lu, comme l'avait proposé l'Avocat de l'État⁸⁰⁰, comme suspendant l'intervention du juge, car il n'a pas habilité le législateur organique à supprimer l'intervention judiciaire, dans l'hypothèse de suspension de l'article 17, alinéa 2, tout comme il ne l'a pas autorisé à confier la mesure de mise au secret à l'autorité administrative, sans intervention du juge.

⁷⁹⁹ STC 199/1987, cons. en droit n° 11.

⁸⁰⁰ L'Avocat de l'État soutenait que la mise au secret est une simple mesure de sauvegarde, valide et constitutionnellement conforme si elle est adoptée par l'autorité judiciaire, et elle ne l'est pas moins si le législateur la confie à l'autorité administrative lorsque celle-ci peut légitimement accorder la suspension (cf. STC 199/1987, cons. en fait n° 11, §6).

Encore une fois, le juge constitutionnel ne remet pas en cause la possibilité, pour l'autorité administrative, d'agir *vite*, et donc de prendre la décision d'isoler un gardé à vue pour ne pas altérer l'issue des investigations. Cependant, cela n'exclut pas et n'empêche pas que la décision finale soit adoptée par l'organe judiciaire. Autrement dit, pour le Tribunal constitutionnel, « au nom de l'effectivité de la mesure, une décision préalable de caractère provisoire émanant de l'autorité administrative est possible, *mais* elle doit être soumise et conditionnée à la demande simultanée de confirmation de l'autorité judiciaire »⁸⁰¹.

Le Tribunal constitutionnel poursuit en notant que le problème posé par l'article 15, alinéa 1^{er}, de la loi organique 9/1984 était double : il ne prévoyait pas d'intervention de l'autorité judiciaire pour confirmer la décision administrative d'isolement, et surtout, il semblait « partir de l'idée que l'intervention judiciaire, au regard de la mise au secret durant la période initiale de garde à vue durant les premières soixante-douze heures, n'était pas nécessaire, bien que les articles 15, alinéa 2 et 14, de la loi organique, n'excluent pas un éventuel contrôle judiciaire sur la garde à vue, et donc sur la mise au secret qui ne remet pas en cause la communication du détenu avec l'organe judiciaire »⁸⁰².

Il censure ainsi l'article 15, alinéa 1^{er}, de la loi organique, en ce qu'il prévoit la compétence exclusive de l'autorité administrative pour décider de la mise au secret pendant les premières soixante-douze heures de la garde à vue, sans qu'à aucun moment, le juge ne doive intervenir officiellement.

Cette déclaration d'inconstitutionnalité vise ainsi à préserver le rôle de l'autorité judiciaire sur les mesures privatives de liberté et, plus spécialement, sur les modifications de la nature de ces mesures.

Néanmoins, le caractère positif de ce rappel doit être tempéré par l'excessive application avec laquelle le Tribunal constitutionnel s'attache à montrer la voie à suivre au législateur pour une future disposition⁸⁰³. Après avoir déterminé l'inconstitutionnalité de la disposition législative, le juge constitutionnel explique que « n'est pas contraire à la Constitution le fait que l'autorité gouvernementale puisse ordonner provisoirement, lorsque cela résulte nécessaire, l'isolement du détenu tout en demandant dans le même temps la confirmation de la mesure à l'autorité judiciaire. L'article législatif a omis mais n'a pas exclu l'exigence d'une ratification

⁸⁰¹ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 11. C'est nous qui soulignons.

⁸⁰² *STC* 199/1987, cons. en droit n° 11.

⁸⁰³ F. MODERNE, « Le juge constitutionnel et la lutte contre le terrorisme... », art. cit., p. 531.

judiciaire de la décision gouvernementale ». Le Tribunal constitutionnel propose alors une lecture interprétative ou *integradora* de la mesure⁸⁰⁴, qui permettrait de la déclarer inconstitutionnelle seulement si elle *exclut* la ratification judiciaire de la décision gouvernementale de mise au secret.

Enfin, pour finir de convaincre, le Tribunal constitutionnel conclut que « l'article 15, alinéa 1^{er}, de la loi organique est contraire à la Constitution dans la mesure où il implique que la décision de mise au secret de la part de l'autorité gouvernementale, durant les premières soixante-douze heures, n'a pas besoin de faire l'objet d'une demande simultanée auprès de l'organe judiciaire conformément à l'alinéa 2 de l'article. Ou, en d'autres termes, l'article 15, alinéa 1^{er}, est partiellement inconstitutionnel car il ne prévoit pas que l'isolement de la part de l'autorité gouvernementale doit faire l'objet d'une demande simultanée de confirmation auprès de l'organe judiciaire compétent »⁸⁰⁵.

Le juge constitutionnel autorise ainsi l'aménagement des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme dès lors que l'autorité judiciaire est assurée d'intervenir pour contrôler les mesures restrictives de ces droits. Dans les deux dernières analyses citées, le Tribunal constitutionnel illustre bien l'idée que la lutte contre le terrorisme peut exiger des règles particulières, notamment au regard de la privation temporaire de liberté pour le bon déroulement des enquêtes sur les actes de terrorisme. Cependant, l'élément primordial rappelé par le juge des lois est que l'intervention du juge judiciaire doit, en tout état de cause, être prévue pour confirmer ou infirmer l'adoption de la mesure.

Les décisions constitutionnelles laissent aussi transparaître l'exigence d'une certaine qualité de l'intervention judiciaire. Le juge ne doit pas simplement être sollicité, il doit intervenir de manière suffisamment concrète pour que le juge constitutionnel puisse considérer qu'il exerce un contrôle de qualité sur les mesures restrictives de liberté.

§ 2 – La qualité de l'intervention judiciaire

Le législateur *doit* prévoir l'intervention du juge judiciaire dans la majorité des hypothèses de limitation des droits fondamentaux et il doit aussi prévoir une

⁸⁰⁴ C'est d'ailleurs la lecture qui doit être systématiquement choisie selon lui. Il cite les décisions 19/1982 du 5 mai et 115/1987 du 7 juillet.

⁸⁰⁵ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 11.

intervention qui présente une certaine qualité, au risque de voir la disposition censurée par le juge constitutionnel.

Ainsi, au-delà de précisions régulières quant au contenu de l'intervention judiciaire par le biais de réserves d'interprétation, le Conseil constitutionnel français a annulé une disposition qui ne laissait pas au juge judiciaire une place suffisante pour protéger la liberté individuelle (A). Le Tribunal constitutionnel a partiellement censuré un article du code de procédure pénale espagnol qui limitait le rôle de l'autorisation judiciaire (B).

A. La nécessité d'une intervention judiciaire suffisante

L'intervention de l'autorité judiciaire doit avoir un certain « niveau » par rapport à la liberté mise en œuvre ou en cause par la disposition législative pour passer le filtre du contrôle de constitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel a censuré une atteinte à la liberté individuelle, qu'il a qualifiée d'excessive, dans la décision du 16 juillet 1996. Il se prononçait, en l'espèce, sur l'article 10 de la loi du 22 juillet 1996, qui établissait la possibilité pour les forces de police de procéder à des perquisitions nocturnes dans le cadre d'enquêtes sur les infractions de terrorisme.

L'article 10 autorisait les visites, perquisitions et saisies en dehors des heures prévues à l'article 59 du code de procédure pénale, c'est-à-dire entre 21 heures et 6 heures du matin, « si les nécessités de l'enquête et de l'instruction » l'exigeaient.

Déjà, les lettres de saisine des requérants soulignaient la différence entre l'application de la mesure au cas d'enquête de flagrance – qu'ils ne remettaient pas en question et toléraient, dans leur propos, comme la seule exception possible qui « s'explique et, au moins en large partie, se justifie par sa nature même »⁸⁰⁶ – et son application à la phase d'enquête préliminaire.

Le Conseil constitutionnel a donc lui-même évalué les atteintes que les perquisitions de nuit pouvaient porter au principe de l'inviolabilité du domicile à divers moments de la procédure, et il a admis leur validité « eu égard aux nécessités de l'enquête en cas de flagrance »⁸⁰⁷ sous certaines conditions, relatives, notamment,

⁸⁰⁶ Lettre de saisine des sénateurs, *J.O.* 23 juillet 1996, p. 11112.

⁸⁰⁷ *Cons. const.* n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. n° 17.

à l'intervention de l'autorité judiciaire et des garanties procédurales et moyennant deux réserves d'interprétation ⁸⁰⁸.

Dans une seconde étape, le Conseil constitutionnel a, en revanche, censuré la prévision des visites, perquisitions et saisies de nuit au cours de l'enquête préliminaire et de l'instruction » ⁸⁰⁹.

Il appuie son jugement sur plusieurs éléments. Premièrement, il relève que les dispositions ne prévoient aucune limite dans le temps et dans l'espace pour la réalisation de ces opérations, ce qui équivaut à les rendre possibles dans les locaux servant exclusivement à l'habitation. Deuxièmement, il note que « le déroulement et les modalités de l'enquête préliminaire sont laissés à la discrétion du procureur de la République ou, sous son contrôle, des officiers et agents de police judiciaire » ⁸¹⁰. Troisièmement, « dans l'instruction préparatoire, l'autorité déjà investie de la charge de celle-ci se voit attribuer les pouvoirs d'autoriser, de diriger et de contrôler les opérations en cause » ⁸¹¹.

Le raisonnement du juge constitutionnel français soulève des distinctions intéressantes quant au rôle de l'autorité judiciaire dans la protection de la liberté individuelle.

Ainsi, il convient que l'intervention du procureur de la République durant la phase préliminaire de l'enquête ne suffit pas à protéger la liberté individuelle. Il aurait certainement fallu que soit prévu le contrôle d'un magistrat du siège et non du parquet pour que le Conseil infléchisse son jugement. Il est vrai, comme le souligne B. Mathieu, que, sur ce point, le Conseil « distingue là où la Constitution ne distingue pas » ⁸¹². Cette distinction se justifie pourtant, pour cet auteur, « par le lien organique existant entre le parquet et le Gouvernement ». Ainsi, le Conseil constitutionnel distingue les rôles du parquet et du siège dans la protection de la

⁸⁰⁸ Sur les conditions entourant la décision de validité du Conseil constitutionnel en l'espèce, nous renvoyons à notre deuxième section du présent chapitre.

⁸⁰⁹ Dans la version initiale du texte, il s'agissait d'autoriser les perquisitions de nuit aux seuls cas d'enquête de flagrance et, à peine de nullité, les opérations devaient être autorisées par le Président du tribunal de grande instance ou son délégué, sauf si elles étaient ordonnées par le juge d'instruction. Dans cette construction, le législateur alignait strictement le régime des perquisitions de nuit en matière de terrorisme sur celui existant sur les infractions de trafic de stupéfiant. L'extension aux enquêtes préliminaires n'est intervenue que dans un second temps, sur amendement du rapporteur de la Commission des lois de l'Assemblée nationale. Il n'est donc pas surprenant que ce soit « l'ensemble » de l'article 10 qui soit vivement contesté par les requérants et, spécialement, les opérations durant l'enquête préliminaire. V. TH. S. RENOUX, « Observations... », art. cit., p. 815.

⁸¹⁰ *Cons. const.* n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. n° 18.

⁸¹¹ *Cons. const.* n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. n° 18.

⁸¹² B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle – Décision n° 96-377... », art. cit., p. 9.

liberté individuelle et « une gradation est opérée dans l'intervention de l'autorité judiciaire en matière de liberté individuelle. L'intervention d'un magistrat du siège est exigée à partir d'un certain seuil de gravité »⁸¹³.

Dans le même esprit, mais en poussant plus loin ses exigences, la seule intervention du juge d'instruction ne suffit pas à garantir la liberté individuelle dans un domaine très sensible pour les libertés. Ce seul magistrat, fût-il de siège, ne peut avoir la charge de l'instruction et autoriser, diriger et contrôler les opérations en cause⁸¹⁴.

Le Conseil constitutionnel reprend ici, indirectement, l'argument des sénateurs, qui affirmaient que la liberté individuelle n'était pas respectée sous la seule condition que l'autorité judiciaire joue un rôle précis et déterminant.

Ces derniers avaient développé toute une argumentation sur l'absence d'utilité de la mesure et l'insuffisance des garanties.

Concernant l'utilité, ils admettaient que la liberté individuelle doive souffrir des « atténuations de toutes sortes qu'imposent les principes [...] de sauvegarde de l'ordre public et de répression des infractions »⁸¹⁵. Certes, il est également préférable pour les forces de police de pouvoir jouir de pouvoirs illimités, mais « la visite domiciliaire nocturne n'est en aucun cas le moyen unique – peut-être le plus expédient, mais pas plus efficace que les autres – d'assurer la défense de la sécurité publique »⁸¹⁶. En outre, l'enquête préliminaire peut revêtir une durée extrêmement

⁸¹³ *Ibid.* L'auteur renvoie à la décision 80-127 DC sur la nécessité d'un magistrat de siège en matière de prolongation de la garde à vue et au commentaire sous l'article 66 de la Constitution *in* TH. S. RENOUX, M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, 4^{ème} éd., Paris, Litec, 2010, p. 534-535 et 540. V. aussi TH. S. RENOUX, « Observations... », art. cit., p. 817.

⁸¹⁴ B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle – Décision n° 96-377 DC... », art. cit., p. 9. Sur la neutralité du juge d'instruction, B. MERCUZOT, « Commentaires... », art. cit., p. 73. Pour TH. S. RENOUX (« Observations... », art. cit., p. 817), « l'absence de contrôle immédiat d'un magistrat du siège est (à titre superfétatoire, il est vrai) critiqué. Mais alors on ne peut être que surpris de constater que la possibilité d'autoriser une perquisition nocturne est également refusée au juge d'instruction au cours d'une enquête préparatoire ». L'auteur considère donc que « la seule explication semble être que le Conseil n'admet la constitutionnalité des perquisitions, visites et saisies de nuit que dans les seuls cas voisins de la flagrance, sans que l'intervention d'un magistrat du siège ne rende davantage la loi conforme à la Constitution ». L'adoption de la loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 est un intéressant épilogue sur la question.

⁸¹⁵ Lettre de saisine des sénateurs, J.O. 23 juillet 1996, p. 11113.

⁸¹⁶ Ils renvoient ici à un argument opposé par le Garde des sceaux de l'époque, repris par les députés dans leur lettre de saisine, J.O. 23 juillet 1996, p. 11114 : « Le garde des sceaux lui-même [...] en invoquant l'urgence empêchant prétendument d'attendre "l'heure du laitier" pour procéder à une perquisition, a dû échafauder, pour prouver l'absolue nécessité de cette disposition, un scénario imaginaire tel qu'après un grave attentat terroriste commis à l'aide d'une voiture piégée aucune information ne soit ouverte par le parquet – ce qui ne laisse pas, en soi, d'interroger – puis qu'un mois plus tard, un voleur de voiture déclare, en garde à vue, connaître les auteurs de l'attentat et en donne l'adresse... à 22 heures... et qu'alors les preuves de la participation des intéressés à l'attentat disparaissent au cours de la nuit (Bulletin analytique du Sénat, n° 84, débats du mercredi 15 mai 1996, p. 84-85). Il suffit de rapporter ce scénario ministériel à la

longue, durant laquelle les perquisitions de nuit auraient donc pu être réalisées, et une longue liste d'infractions pouvait soumettre un nombre tout aussi important de personnes à des atteintes de leur liberté individuelle pour le simple soupçon qu'elles puissent être en relation avec l'une d'entre elles.

Enfin, pour revenir au rôle de l'autorité judiciaire, ils notaient « de même qu'on ne saurait [...] rétablir la torture sous le prétexte qu'on en confierait le contrôle à un juge, on ne saurait davantage [...] se résigner à la méconnaissance d'un droit fondamental au seul motif que celle-ci ne pourrait intervenir que par une décision écrite signée d'un magistrat », ainsi « la fonction confiée par la Constitution à l'autorité judiciaire est une garantie de la liberté, non une excuse permettant d'y porter atteinte »⁸¹⁷. Les députés développaient une saisine sur des griefs similaires tout en insistant sur le risque de l'instauration d'un système de libertés à « double vitesse », selon que l'individu est présumé terroriste ou pas⁸¹⁸.

Il est aussi intéressant de noter que le Conseil constitutionnel, dans son considérant n° 16, insère la liberté individuelle – sans surprise – et « notamment l'inviolabilité du domicile » au titre des libertés publiques constitutionnellement garanties. Le rapport entre la liberté individuelle et certains de ses « aspects » était, depuis un certain nombre de décisions, décortiqué par les commentateurs avisés⁸¹⁹. Nous savons désormais que cette première interprétation de la jurisprudence du Conseil n'est plus tout à fait exacte.

Cependant, au moment de la décision, cette assimilation soulevait la question de savoir quel était précisément le rôle de l'autorité judiciaire par rapport à la liberté individuelle et « ses aspects ». Autrement dit, son intervention était-elle exigée

réalité pour en mesurer l'in vraisemblance : on ne sait s'il faut donner la palme de l'ingénuité à un procureur qui oublierait d'informer sur un attentat ou à des criminels qui, ayant négligé d'effacer les traces de leur forfait pendant le mois d'impunité qu'on a ainsi bien voulu leur laisser, y pensent justement la nuit où un délinquant arrêté pour un tout autre motif et donc, à leur insu donne à la police leur adresse. »

⁸¹⁷ Lettre de saisine des sénateurs, *J.O.* 23 juillet 1996, p. 11113.

⁸¹⁸ Lettre de saisine des députés, *J.O.* 23 juillet 1996, p. 11114. Ces derniers citent notamment, avec regret, les propos d'un sénateur de la Guadeloupe qui, insistent-ils, ne furent contredits par aucun membre du Gouvernement : « Il est très bien de respecter des principes comme l'inviolabilité du domicile ou la liberté individuelle. Ces principes s'appliquent à des individus qui respectent la démocratie. Mais les terroristes sont des individus au comportement irrationnel contre qui toutes procédures peuvent être utilisées. » Ainsi, ils concluent : « Tout est dit : l'atteinte à l'inviolabilité du domicile, qui hormis le cas de flagrance, n'est en rien justifiée par les nécessités de l'action publique, ne s'explique que par la volonté d'en instaurer une application sélective, les présumés terroristes n'ayant aucun droit à se prévaloir du respect de la vie privée. On imagine avec effroi le prolongement du raisonnement de l'honorable parlementaire en matière de droit à l'assistance d'un avocat, voire de protection contre la détention arbitraire. »

⁸¹⁹ Pour le Conseil constitutionnel, l'inviolabilité du domicile est l'un des aspects de la liberté individuelle (83-164 DC du 29 décembre 1983).

seulement en cas d'atteinte à la liberté individuelle *stricto sensu* ou dans toutes les hypothèses d'atteintes aux libertés individuelles dans leur globalité ⁸²⁰.

La distinction opérée par le juge constitutionnel dans son raisonnement et l'emploi terminologique bien précis incitent à penser que seules les atteintes à la liberté individuelle *stricto sensu* exigent l'intervention de l'autorité judiciaire. En effet, lorsque le Conseil constitutionnel accepte les perquisitions de nuit dans les cas de flagrance, il souligne le rôle que doit jouer l'autorité judiciaire mais conclut que l'atteinte portée à l'inviolabilité du domicile n'est pas excessive. À l'inverse, il censure l'éventualité des perquisitions de nuit, car elles portent une atteinte excessive à la liberté individuelle en arguant de l'absence de garanties judiciaires suffisantes. B. Mathieu estime alors que « la distinction opérée dans l'invocation des principes en cause n'est pas indifférente. Dans le second cas, c'est l'insuffisante protection par l'autorité judiciaire de la liberté individuelle qui conduit à la censure ; dans le premier cas, c'est une protection suffisante par l'autorité judiciaire qui conduit, alors que la liberté individuelle est préservée, à s'assurer que l'inviolabilité du domicile n'a pas subi d'atteintes excessives » ⁸²¹.

En outre, il ne faut voir dans la mention de l'absence de limitation dans le temps et dans l'espace, qu'une manière, pour le Conseil constitutionnel, de rejeter l'argumentation du Gouvernement, qui insistait sur l'alignement des procédures de perquisitions en matière de terrorisme, de trafic de stupéfiants et de proxénétisme ⁸²².

C'est aussi une manière de distinguer les deux situations : d'un côté, l'aspect nécessaire, et surtout urgent, qui oblige l'action de la police à toute heure de la nuit, afin de sauvegarder l'ordre public et, de l'autre, une période plus longue qui laisse la place à ces mêmes agents de procéder aux investigations utiles.

De ce fait, le Conseil constitutionnel, sans consacrer un principe d'interdiction des perquisitions nocturnes ⁸²³, ne valide pas la conciliation que le législateur a effectuée entre l'objectif de valeur constitutionnelle, que constitue la recherche des auteurs d'infractions, nécessaire à la sauvegarde de principes et droits

⁸²⁰ B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle – Décision n° 96-377 DC... », art. cit., p. 8.

⁸²¹ B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle – Décision n° 96-377 DC... », art. cit., p. 9. Cf. aussi du même auteur, « Pour la reconnaissance de principes matriciels en matière de protection des droits de l'homme », *D.*, 1995, p. 211. Dans le même sens, TH. S. RENOUX, « Observations... », art. cit., p. 817.

⁸²² B. MERCUZOT estime, au demeurant, que cette « justification par l'existence de précédents n'est toutefois pas entièrement convaincante, dans la mesure où, dans les deux cas évoqués, les lieux de perquisitions énoncés sont strictement définis au regard de l'infraction visé » (« Commentaires... », art. cit., p. 73. V. les articles 706-25 et 706-35 du code de procédure pénale).

⁸²³ F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme... », art. cit., p. 1252.

de valeur constitutionnelle, et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent la liberté individuelle, et notamment, l'inviolabilité du domicile, et qui l'a conduit à prévoir les perquisitions de nuit au cours de l'enquête préliminaire et l'instruction ⁸²⁴.

Ainsi, le Conseil constitutionnel conclut son raisonnement en ces termes : « [...] en conséquence, [...] les dispositions de l'article 706-24 du code de procédure pénale, en tant qu'elles visent l'enquête préliminaire et l'instruction, sont contraires à la Constitution ; qu'il suit de là que les mots "ou de l'instruction" et "à moins qu'elles ne soient autorisées par le juge d'instruction", qui visent le cas d'une instruction judiciaire, doivent être jugés contraires à la Constitution et que le surplus de l'article 10 de la loi ne peut être regardé comme conforme à celle-ci que dans la mesure où il vise les seuls cas d'enquête en flagrance. » ⁸²⁵

B. Une intervention judiciaire effective

Outre le caractère suffisant de l'intervention judiciaire pour garantir la limitation de la liberté, le juge constitutionnel exige aussi que lorsqu'elle est prévue, elle puisse produire tout son effet. Autrement dit, le juge constitutionnel – espagnol en l'occurrence – est venu confirmer, dans une décision de validation, le rôle de l'autorité judiciaire face à une suspension du droit à l'inviolabilité du domicile (1) et, dans une décision de conformité partielle, a censuré la « suspension » de l'effet de la décision judiciaire (2).

1) La confirmation du rôle « actif » de l'autorité judiciaire

Lorsqu'il met en œuvre les droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, le législateur organique ne peut se contenter de prévoir une intervention du juge judiciaire pour respecter les principes constitutionnels. Il est

⁸²⁴ Il faut souligner que le juge constitutionnel est allé plus loin que la saisine des requérants. Ces derniers avaient essentiellement formulé leurs griefs sur l'ouverture de ces opérations pendant la phase d'enquête préliminaire sans jamais évoquer l'instruction. Pourtant, l'intention du Gouvernement était très claire sur le sujet. V. les lettres de saisine des requérants au *J.O.*, 23 juillet 1999, p. 11111-11115, les observations du Gouvernement en réponse aux saisines, *J.O.*, 23 juillet 1996, p. 11115-11116, aussi B. MERCUZOT, « Commentaires... », art. cit., p. 73. Pour F. LE GUNEHEC, « Aperçu rapide sur la loi du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme », *J.C.P.*, Act., 1996, n° 46, le Conseil constitutionnel a ainsi « joué pleinement son rôle ».

⁸²⁵ F. LUCHAIRE, (« Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme... », art. cit., p. 1253) voit dans cette ultime incise une manière pour le Conseil constitutionnel de « rayer du texte de l'article 10 tout mot ou expression qui pourrait faire penser que les perquisitions nocturnes peuvent avoir lieu en dehors de cas de flagrance ». Il aurait ainsi fait cette mention « pour plus de certitude ». Cette remarque corrobore les propos de TH. S. RENOUX, « Observations... », art. cit., p. 817.

certain que tout dépend du sens donné au terme même d'intervention par le texte et, ensuite, par la pratique. Les doutes s'accroissent lorsqu'une simple communication au juge judiciaire est prévue.

Ainsi le Tribunal constitutionnel est-il venu préciser ces termes pour garantir une intervention judiciaire efficace dans la décision 199/1987.

L'article 16 de la loi organique 9/1984 autorisait les arrestations et les fouilles domiciliaires par les membres des forces de police « sans préalable autorisation ou mandat judiciaire ». L'alinéa 2 de l'article précisait que le ministre de l'Intérieur ou, à défaut, le Directeur de la Sécurité de l'État, devait immédiatement communiquer au juge compétent les fouilles effectuées, les raisons qui les ont motivées et les résultats obtenus, en mentionnant particulièrement les arrestations auxquelles il aura été procédé.

Pour le Parlement catalan, outre le fait que ces dispositions méconnaissaient l'article 55-2 de la Constitution espagnole, au motif qu'elles dispensaient les forces de police de requérir, avant d'agir, une autorisation judiciaire, l'article 16 était aussi inconstitutionnel car il excluait un contrôle judiciaire des opérations *a posteriori*.

Pour lui, le fait que le ministre de l'Intérieur doive communiquer les détails de l'opération au juge judiciaire revenait à le cantonner à un rôle purement « réceptif et passif ». Le législateur organique n'ayant pas prévu une *intervention* judiciaire mais une simple *communication* au juge, l'ensemble de l'article méconnaissait, en conséquence, l'exigence de la « nécessaire intervention judiciaire » de l'article 55-2 de la Constitution.

L'argumentation du requérant quant à l'inconstitutionnalité de l'article 16 de la loi organique était très proche de celle formulée à l'encontre de l'article 13 de la même loi qui, d'ailleurs, a conduit le juge constitutionnel à censurer cette dernière disposition. Le raisonnement du Tribunal constitutionnel sur l'article 16 se situe toutefois sur un autre registre, qu'il convient de replacer ici rapidement avant de constater son appréciation sur le rôle de l'autorité judiciaire.

Concernant l'article 13 de la loi organique, le juge constitutionnel a exigé que la décision de prolongation de la garde à vue d'un suspect terroriste soit autorisée de manière expresse et préalablement au moment de la prise d'effet de la prolongation, autrement dit, avant l'expiration des premières 72 heures de détention. Cette obligation d'obtenir l'accord du juge judiciaire paraît correspondre à la protection toute particulière qui est accordée à la liberté individuelle, *stricto sensu*, méconnue par une mesure privative de liberté, et à la garantie que représente le juge par rapport à

cette liberté mais, surtout, elle correspond au fait que seule la durée de la garde à vue est susceptible d'être suspendue par l'article 55-2 de la Constitution. L'article 17, alinéa 1^{er}, n'est en aucun cas cité parmi les droits pouvant être suspendus, ni à l'article 55-2, ni à l'article 55-1 de la Constitution.

L'article 16 de la loi organique, en revanche, met en œuvre le principe d'inviolabilité du domicile et l'article 18, alinéa 2, qui le proclame, fait lui-même référence à une autorisation judiciaire, qui pourrait autoriser la levée de cette inviolabilité, si bien que, dans l'examen du respect de l'article 55-2 de la Constitution par l'article 16 contesté, le juge constitutionnel devait composer entre une autorisation judiciaire mentionnée à l'article 18, alinéa 2, de la Constitution, pouvant être suspendue (sur le principe, car le contenu essentiel du droit à l'inviolabilité du domicile semble reposer sur cette autorisation ⁸²⁶) et une nécessaire intervention judiciaire, exigée à l'article 55-2. C'est pourquoi, il a écarté de son propre chef l'idée que le législateur puisse supprimer cette intervention judiciaire, mais il a toléré que, dans le cas bien spécifique de l'urgence induite à l'article 16 et expressément affirmée à l'article 17, alinéa 2, de la loi organique, la décision du juge pour valider les opérations de police intervienne postérieurement au commencement des dites opérations.

Ce report de l'intervention du juge judiciaire autorisé, il ne restait plus au Tribunal qu'à confirmer la qualité de cette communication *a posteriori* pour repousser le grief du Parlement catalan.

Il a ainsi jugé qu'une simple information du juge de la part de l'administration ne pouvait être assimilée à une intervention judiciaire. La rédaction de l'article n'induit aucune limitation des compétences du juge à ce sujet, et elle crée une obligation pour l'autorité administrative de porter à la connaissance de l'autorité judiciaire un certain nombre d'éléments, laquelle sera toujours pertinente et permettra au juge de conserver toutes ses compétences que l'ordonnancement lui reconnaît pour prendre les mesures et les décisions qu'il estimera adéquates. Dans le cas précis des arrestations domiciliaires immédiates, il lui appartiendra de vérifier que les circonstances ont justifié la pénétration dans le domicile sans autorisation judiciaire.

Pour ne prévoir aucune limitation à la teneur de l'intervention judiciaire, l'alinéa 2 de l'article 16 de la loi organique 9/1984 respecte les principes constitutionnels. Le Tribunal constitutionnel rejette, en conséquence, le grief du Parlement catalan sur la présumée inconstitutionnalité de la disposition.

⁸²⁶ J.-J. SOLOZABAL ECHAVARRIA, « Rapport espagnol – Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, 2002, p. 156.

Les précisions du juge constitutionnel, si elles peuvent paraître évidentes, sont les bienvenues. Il est certain que le texte de l'alinéa 2 de l'article 16 ne prévoyait pas expressément une quelconque limitation du rôle du juge. Cependant, le terme même de *communication* pouvait légitimement laisser croire que le juge n'avait que peu de latitude face aux opérations de police. On pouvait donc s'interroger sur le contenu, pour ne pas dire l'intérêt, de l'intervention judiciaire, alors qu'elle ne pouvait se concrétiser qu'après qu'ont eu lieu, ou au mieux qu'ont débuté, les perquisitions ou les interceptions de communications. Elle ne pouvait donc en aucun cas empêcher une atteinte aux droits fondamentaux. Au mieux, l'autorité judiciaire pouvait la faire cesser dès qu'elle en avait connaissance. Dans le contexte d'enquête terroriste, et même si on ne veut que difficilement le supposer, certaines entorses aux droits fondamentaux pourraient être d'autant plus tolérées qu'elles interviennent en dehors de toute autorisation judiciaire préalable.

2) L'impossibilité de suspendre l'effet d'une décision judiciaire de remise en liberté

Le Tribunal constitutionnel a également censuré une disposition de la loi organique 4/1988, qui insérait dans le code de procédure pénale (ci-après *LECrim*) un nouvel article 504*bis*, qui prévoyait qu'après une décision judiciaire de remise en liberté d'une personne placée en détention provisoire pour un délit relatif à l'activité d'une personne intégrée ou en relation avec des bandes armées, des éléments terroristes ou rebelles ⁸²⁷, la libération pouvait être suspendue pendant une période allant jusqu'à un mois, dès lors que le ministère public formait un recours contre cette décision.

La suspension était donc soumise à la double condition. Tout d'abord, la décision judiciaire ne devait pas être devenue définitive. Ensuite, il fallait que le recours formé contre la décision soit celui du ministère public qui, seul, avait cet effet suspensif. À l'inverse, si les délais prévus pour la détention provisoire avaient expiré d'eux-mêmes ⁸²⁸, en raison de la lenteur des activités d'investigation sur les délits correspondants, aucun recours ne pouvait être formé contre cette remise en liberté *naturelle* ou *par expiration* et la suspension de la décision du juge judiciaire ne pouvait intervenir.

⁸²⁷ L'article 504*bis* fait, ici, référence aux délits cités à l'article 384*bis* de la *LECrim*.

⁸²⁸ L'article 504*bis* déféré renvoie, ici, aux délais mentionnés à l'article 504 de la *LECrim*.

La Haute instance a fondé sa décision d'admission sur le fait que ce nouvel article portait une atteinte au contenu essentiel du droit fondamental à la liberté personnelle, reconnu à l'article 17 de la Constitution espagnole ⁸²⁹.

L'examen, au regard de cette disposition constitutionnelle, n'était pourtant pas soulevé par le requérant ⁸³⁰. Le Tribunal l'a cependant envisagé, car il a considéré que l'article 504*bis* de la *LECrim* établissait un régime spécifique pour la privation préventive de liberté. En ce sens, il agirait sur le droit fondamental reconnu à l'article 17 de la Constitution et, au vu de l'importance de ce droit, cet aspect ne pouvait être écarté par le juge constitutionnel ⁸³¹. La Haute instance a ainsi examiné l'article 504*bis* de la *LECrim* au regard de l'article 17 de la Constitution et, plus précisément, des alinéas 2 et 4 de ce dernier.

⁸²⁹ L'article 17 de la Constitution espagnole est composé de quatre alinéas, rédigés comme suit : « 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sécurité. Nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est conformément aux dispositions du présent article et dans les cas et sous la forme prévus par la loi. « 2. La garde à vue ne pourra pas durer plus que le temps strictement nécessaire pour réaliser les vérifications tendant à l'éclaircissement des faits et, en tout cas, le détenu devra être mis en liberté ou à la disposition de l'autorité judiciaire dans le délai maximum de soixante-douze heures. « 3. Toute personne détenue doit être informée immédiatement, et d'une façon qui lui soit compréhensible, de ses droits et des raisons de sa détention et ne peut pas être obligée à faire une déclaration. L'assistance d'un avocat est garantie au détenu dans les enquêtes policières ou les poursuites judiciaires, dans les termes établis par la loi. « 4. La loi définira une procédure *d'habeas corpus* pour mettre immédiatement à disposition judiciaire toute personne détenue illégalement. De même, la loi déterminera la durée maximale de la détention provisoire. »

⁸³⁰ L'examen de l'article 504*bis* de la *LECrim*, tel que formulé par la loi organique 4/1988 sous l'angle du respect de l'article 17 de la Constitution, a été mené sur l'initiative du seul Tribunal constitutionnel. Pour le Parlement basque, seul requérant, l'article 504*bis* de la *LECrim* consacrait un privilège du ministère public consistant à conférer à son recours la force de paralyser l'exécution de la décision judiciaire à laquelle il renvoie. Sa saisine était formulée plus précisément autour de la méconnaissance prétendue de l'article 24, alinéa 2 (en ce que l'article reconnaît le droit à un procès avec toutes les garanties, parmi lesquelles celle du principe d'égalité processuelle des parties aurait été méconnue par cette attribution privilégiée des effets suspensifs du recours formé par le ministère public) ; l'article 117, alinéa 1 et alinéa 3 (parce que la puissance juridictionnelle exclusive de juger et de faire exécuter ce qui a été jugé serait méconnue par l'article déferé, qui donne la faculté au ministère public d'imposer ses avis sur ceux du pouvoir judiciaire) ; l'article 124, alinéa 1, de la Constitution (puisque la mission du ministère public consistant à veiller à l'exécution des décisions judiciaires serait ouvertement contredite par la règle de l'art. 504*bis*. Le Parlement évoque également une méconnaissance du statut organique du ministère public, fixé par la loi 50/1981). V. *STC* 71/1994, cons. en fait n° 1, c) pour la présentation de la saisine du Parlement basque ; cons. en droit n° 8 pour la reprise des arguments du Parlement basque par le Tribunal constitutionnel. L'Avocat de l'État a répondu sur les points mis en avant par le requérant sans étendre ses observations à l'article 17 de la Constitution (voir le cons. en fait n° 4, c)).

Le Tribunal constitutionnel a examiné l'ensemble de ses griefs pour, finalement, les rejeter, dans les considérants en droit n° 10, 11 et 12, avant de se consacrer à l'examen de l'article au regard du droit fondamental à la liberté personnelle.

⁸³¹ Le Tribunal constitutionnel a ainsi rappelé au considérant en droit n° 13 de la présente décision 71/1994, qu'en vertu de l'article 39, alinéa 2, de la LOTC, « il peut fonder la déclaration d'inconstitutionnalité sur la méconnaissance de n'importe quelle disposition constitutionnelle, qu'elle ait été ou non invoquée au cours du procès ». De même, il a toujours considéré que « cette faculté ne peut être soumise à un entendement strictement potestatif lorsqu'il s'agit des droits fondamentaux », comme il a déjà eu l'occasion de le déclarer dans la décision 26/1981 : « Tout ce qui concerne l'exercice par les citoyens des droits que la Constitution leur a reconnus ne pourra être considéré comme étranger à ce tribunal » (cons. en droit n° 14). Cette compétence du Tribunal constitutionnel a été contestée par le Juge don Luiz López Guerra, qui prône une interprétation restrictive de l'article 39, alinéa 2, de la LOTC, voire l'opinion dissidente du juge à la suite de la *STC* 71/1994, § 2.

Selon le Tribunal constitutionnel, l'article de la loi organique déférée lie, de manière immédiate et obligatoire, la suspension de la libération d'un détenu ou prisonnier, décidée par un juge, à la formation d'un recours par le Ministère public contre cette décision. La disposition affecte donc incontestablement la liberté du détenu ou du prisonnier pour les délits visés à l'article 384*bis* de la *LECrim*, « de sorte que ce sont les normes constitutionnelles régulatrices de la garde à vue et de la détention préventive (art. 17, alinéa 2, et 17, alinéa 4) qui doivent être prises en compte à la lueur de la jurisprudence constitutionnelle pour apprécier la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité du précepte attaqué »⁸³².

Pour le Tribunal constitutionnel, le problème qui se posait, en l'espèce, n'était pas tant celui de l'élargissement ou de la prolongation de la privation de liberté, qui doit, de toute manière, se résoudre dans le respect des limites dérivant de la garantie de la seconde partie de l'article 17, alinéa 4, de la Constitution, mais plutôt celui de l'aspect *obligatoire* et *automatique* de la mesure de suspension, une fois que l'organe judiciaire s'était prononcé en faveur de la remise en liberté.

Comme le rappelle le Tribunal constitutionnel, le droit à la liberté personnelle⁸³³ est un droit fondamental, tel que cela résulte de la rédaction de l'ensemble de l'alinéa 1^{er} de l'article 17 de la Constitution, mis en perspective avec les trois alinéas suivants et, tout particulièrement, le deuxième et le quatrième. Ce droit se concrétise par le fait que toute situation de mise en liberté ou de perte de liberté doit relever de la compétence exclusive d'un juge, comme le veut l'expression « à la disposition d'une autorité judiciaire » de l'alinéa 2 de l'article 17, et en dehors du cas exceptionnel de la garde à vue⁸³⁴. En outre, le juge constitutionnel espagnol voit dans la prévision de l'alinéa 4 de l'article 17 de la Constitution – « la loi déterminera la durée maximale de la prison provisoire » – non pas une négation par la Constitution de la compétence du juge judiciaire à évaluer la nécessité de placer

⁸³² *STC* 71/1994, cons. en droit n° 13.

⁸³³ Nous reprenons, ici, l'expression utilisée par le Tribunal constitutionnel lui-même tout au long de son raisonnement. À aucun moment, il n'évoque la notion de liberté individuelle comme il l'avait fait dans la décision 199/1987, à propos de l'examen des articles 13 et 15, alinéa 1, de la loi organique 9/1984.

⁸³⁴ La garde à vue est effectivement placée – du moins durant la durée initiale de celle-ci, qui est de 72 heures – sous la compétence de l'autorité administrative qui l'a décrétée. Le juge constitutionnel note toutefois que, même dans cette hypothèse, la Constitution prévoit qu'au terme de la période maximale de la garde à vue, le détenu doit être mis soit à la disposition de l'autorité judiciaire, ce qui confirme à son sens le rôle exclusif du juge dans les situations de privation de liberté (Le Tribunal constitutionnel avait d'ailleurs déjà soutenu que, d'après la Constitution, « au-delà de la 72^{ème} heure, il appartient à un organe judiciaire de décider sur le maintien ou pas de la limitation de liberté », voir *STC* 115/1987, cons. en droit n° 1). Tout comme le prouve encore l'alinéa 4 de l'article 17, qui précise que l'objet de la procédure d'*habeas corpus* est de mettre immédiatement à disposition judiciaire toute personne détenue illégalement. V. le cons. en droit n° 13 de la *STC* 71/1994.

ou de maintenir une personne en détention provisoire, mais, à l'inverse, une exigence clairement affirmée selon laquelle la loi doit laisser une certaine marge d'appréciation à l'organe judiciaire lorsqu'elle décide sur ce type de mesure.

Il conclut donc que le droit à la liberté personnelle, reconnu à l'article 17, alinéa 1^{er}, ne se limite pas à une garantie législative des cas et des formes de privation de liberté. Il inclut, au contraire, la garantie de l'intervention judiciaire selon les termes des alinéas 2, *in fine*, et 4 de cet article.

Après avoir rappelé, avec beaucoup de dynamisme, le fondement constitutionnel du *principe* de l'intervention du juge judiciaire, le juge constitutionnel souligne qu'il a toujours accordé une grande importance à l'appréciation que le juge devait porter sur une mesure de privation de liberté. Ainsi, il revient sur le fait que l'intervention judiciaire dite *nécessaire*, afin de prononcer, ou confirmer, une privation préventive de liberté, se justifie par le caractère grave et, en tant que tel, exceptionnel d'une mesure « qui ne peut être adoptée ou prolongée sans une appréciation judiciaire adéquate sur les circonstances du cas d'espèce »⁸³⁵. Aussi, au regard de la détention préventive, « devant la radicalité de la mesure pour un bien juridique aussi précieux que la liberté, le juge ne doit pas la décider d'une manière mécanique ou automatique mais il doit appliquer la mesure au cas par cas »⁸³⁶.

L'ensemble de ces considérations confirme le caractère *incontournable* de l'intervention du juge judiciaire, dans le cadre d'une mesure de privation de liberté, et confère ainsi à cette intervention le rôle d'une garantie inhérente au droit de liberté personnelle.

C'est pourquoi le Tribunal constitutionnel doit vérifier si une telle garantie est respectée par une disposition, tel que l'article 504*bis* de la *LECrim*, qui prive de tout effet, jusqu'à un mois, la décision judiciaire de remise en liberté du détenu ou du prisonnier. Au vu des passages précités du raisonnement du juge constitutionnel, la réponse est évidemment négative.

Le Tribunal constitutionnel considère, en effet, que l'article 504*bis* de la *LECrim* substitue à la décision du juge judiciaire, la décision du ministère public, puisque si ce dernier décide de faire appel de la décision judiciaire de remise en liberté, le détenu ou le prisonnier voit d'une part, sa privation de liberté prolongée en raison de la prévision légale et, d'autre part, la garantie de l'intervention judiciaire, inhérente au droit à la liberté personnelle, anéantie, puisque malgré la décision du

⁸³⁵ *STC* 41/1982, cons. en droit n° 2 et *STC* 32/1987, cons. en droit n° 3.

⁸³⁶ *STC* 103/1992, cons. en droit n° 5.

juge judiciaire de lui accorder la liberté, l'intervention du ministère public empêche la remise en liberté.

Comme à son habitude, le Tribunal constitutionnel ne remet pas en cause la finalité même de la mesure législative qu'il censure. Il admet que celle-ci a été formulée dans un but préventif, afin d'assurer l'effectivité d'une éventuelle révocation d'une décision judiciaire de remise en liberté non encore définitive. En revanche, il ne peut admettre que cet objectif soit atteint, « en oubliant la potentialité même de la garantie judiciaire dans laquelle la Constitution a identifié la garantie *ultime* du droit fondamental à la liberté personnelle, qui se configure en un espace temporel dans lequel la préservation de la liberté personnelle reste temporairement soustraite à la garantie judiciaire »⁸³⁷.

La censure de l'article 504*bis* de la *LECrim* a été critiquée par une opinion dissidente. Le juge constitutionnel, don Luiz López Guerra a, en effet, estimé que le raisonnement du Tribunal constitutionnel ne permettait pas de comprendre en quoi l'article 504*bis* de la *LECrim* méconnaissait les articles 17, alinéa 2 et alinéa 4, de la Constitution.

Pour lui, l'article soumis à l'examen du Tribunal constitutionnel est totalement étranger à la durée maximale de la garde à vue, pourtant prévue à l'article 17, alinéa 2, de la Constitution. Ce dernier prévoit qu'une fois passé le délai de soixante-douze heures, le détenu devra être remis en liberté ou à la disposition de l'autorité judiciaire, et l'article 504*bis* ne prolonge pas la durée de cette mesure et ne place pas le détenu à la disposition d'une autre autorité que celle judiciaire. Au contraire, seul un juge va pouvoir décider de la prolongation de la garde à vue ou encore de la mise au secret du détenu au cours de sa garde à vue⁸³⁸. Donc, « à tout moment [...] le détenu ou le prisonnier reste à la disposition de l'autorité judiciaire, seule compétente pour décider sur sa situation »⁸³⁹.

Certes, l'article examiné confère un effet suspensif au recours formé par le ministère public contre une décision judiciaire, mais « la régulation des effets des recours dans le procès pénal [est] sans relation avec les limites de la garde à vue ». Le juge dissident finit donc par admettre « qu'il ne résulte pas des prévisions de l'article 17, alinéa 2, une interdiction, une restriction ou un conditionnement du législateur dans la régulation des effets des recours qui peuvent être formés au cours du procès pénal ».

⁸³⁷ *STC* 71/1994, cons. en droit n° 13. C'est nous qui soulignons.

⁸³⁸ V. la décision du Tribunal constitutionnel 199/1987 sur les articles 13 et 15, alinéa 1, de la loi organique 9/1984.

⁸³⁹ Opinion dissidente du juge DON LUIZ LOPEZ GUERRA, §3.

Dans le même ordre d'idée, le juge dissident ne voit pas en quoi l'article 504*bis* implique une négation de la réserve de loi ou l'établissement d'une détention provisoire indéfinie, ou même une prolongation des délais maximum déjà établis dans la *LECrim*. En ce sens, il ne comprend pas la méconnaissance, censurée par le Tribunal constitutionnel, de l'alinéa 4 de l'article 17 de la Constitution, qui prévoit que « la loi déterminera la durée maximale de la détention provisoire ». Le juge don Luis López Guerra trouve que l'article 504*bis* suspend la libération suite à une détention provisoire pendant un mois, mais il conditionne la suspension à des conditions précises, qui impliquent que si les délais prévus à l'article 504 de la *LECrim* sont déjà épuisés, la suspension ne pourra intervenir. Il conclut donc qu'il « n'existe aucune contradiction d'aucune sorte entre cet article et l'article 17, alinéa 4, de la Constitution ».

La majorité des juges constitutionnels du Tribunal constitutionnel espagnol ne l'a cependant pas jugé ainsi et a choisi de censurer la rédaction de ce nouvel article 504*bis* du code de procédure pénale introduit par la loi organique 4/1988 du 25 mai.

En s'assurant que l'autorité judiciaire puisse intervenir de manière significative dans le cadre de mesures antiterroristes spécialement attentatoires des droits fondamentaux, les juges constitutionnels français et espagnols soulignent l'intérêt de voir cette garantie préservée, quels que soient les événements affrontés par le législateur. En revanche, le Tribunal constitutionnel, notamment, adopte une véritable attitude de neutralité, dès lors que, tout en censurant certaines dispositions qui avaient mal interprété la place de l'autorité judiciaire, il achève son raisonnement en ouvrant la voie au législateur pour *réparer* l'inconstitutionnalité. Il préserve ainsi d'un côté, l'action du législateur dans le cadre de la lutte contre le terrorisme en faisant preuve d'ouverture pour valider, sur le principe, bon nombre de mesures limitatives de la liberté individuelle ou personnelle et, d'un autre côté, son rôle de garant de l'État de droit pour se positionner comme un rempart contre les dérives liberticides.

Ce trait des décisions constitutionnelles espagnoles analysées ne se retrouve pas de manière aussi prononcée dans les hypothèses de censure de certaines atteintes législatives disproportionnées des droits fondamentaux.

Section 2 : Les limites infranchissables clairement posées par le Tribunal constitutionnel espagnol

Dans la décision 199/1987 du 26 décembre, le Tribunal constitutionnel espagnol a censuré deux articles de la loi organique 9/1984 qui méconnaissaient la liberté individuelle *stricto sensu* et la liberté d'expression et d'information.

Ces déclarations d'inconstitutionnalité sont, symboliquement, très fortes pour l'œuvre législative. Elles le sont d'autant plus dans un domaine aussi *passionné* que le terrorisme. Par cette attitude, le juge constitutionnel a envoyé un message très clair au législateur organique, en lui indiquant les limites de son pouvoir d'appréciation.

Pour jouer aussi pleinement son rôle de gardien de la Constitution et des valeurs qu'elle véhicule, le Tribunal constitutionnel s'est servi, comme à son habitude, de l'article 55-2 de la Constitution pour examiner la loi antiterroriste 9/1984. Cet article agit comme un *filtre* des saisines et du contrôle de constitutionnalité, en raison du rôle fondamental qu'il joue dans l'ordonnancement espagnol, dès lors qu'il s'agit de traiter de la question du terrorisme. Le précepte constitutionnel est, en effet, systématiquement évoqué par les requérants et automatiquement repris par le juge constitutionnel dans son raisonnement.

Le Tribunal constitutionnel a ainsi considéré, d'une part, que si l'article 55-2 autorisait la suspension du délai *ordinaire* de garde à vue, initialement fixé à soixante-douze heures par l'article 17, alinéa 2, de la Constitution, le législateur ne pouvait en prévoir un nouveau d'une durée équivalente à dix jours, sans entacher son appréciation d'une *disproportion manifeste* (§ 1). Il a estimé, d'autre part, que le législateur ne pouvait pas suspendre le droit à la liberté d'expression étant donné que celui-ci est absent de la liste des droits cités à l'article 55-2 de la Constitution (§ 2).

§ 1 – La censure d'un délai de garde à vue disproportionné

Dans la décision 199/1987, le Tribunal constitutionnel espagnol a estimé qu'un délai de détention en garde à vue pouvant aller jusqu'à dix jours était manifestement excessif, eu égard aux articles 17, alinéa 2, et 55-2 de la Constitution. Il a, en conséquence, censuré l'article 13 de la loi organique 9/1984 qui le prévoyait.

Ce dernier instaurait de nouvelles règles pour la garde à vue dans le cadre des enquêtes sur les délits de terrorisme, tels que définis à l'article 1^{er} de la loi organique.

Selon l'article 13, la prolongation de la garde à vue devait correspondre au « temps nécessaire aux fins de l'enquête ». Cela équivalait à pouvoir prolonger le délai constitutionnel de garde à vue de soixante-douze heures d'une période pouvant aller jusqu'à sept jours supplémentaires. La garde à vue pouvait ainsi être de dix jours.

L'inconstitutionnalité de la disposition a été soulevée par les Parlements basque et catalan sous deux aspects. Avant de les analyser, deux remarques générales doivent être formulées.

La première concerne les griefs soulevés par les requérants. Les saisines ont mis en avant deux moyens d'inconstitutionnalité de l'article 13 de la loi organique 9/1984, parmi lesquels celui déjà étudié précédemment, visant le fait que la prolongation de la détention préventive au-delà de soixante-douze heures devait être prévue sans l'autorisation préalable du juge, contrairement aux exigences de l'article 55-2 de la Constitution ⁸⁴⁰. L'autre moyen consistait à remettre en cause la disposition pour établir un délai maximum de détention équivalent à dix jours, ce qui constituait, pour le Parlement basque, un moyen de pression morale sur le détenu incompatible avec les droits reconnus aux articles 17 et 24 de la Constitution espagnole et des Conventions internationales ratifiées par l'Espagne ⁸⁴¹.

La seconde remarque est d'ordre terminologique. Le texte de l'article 13 de la loi organique mentionne le terme de *détención preventiva*, tout comme l'article 17, alinéa 2, de la Constitution espagnole. Certains commentateurs français de la décision ont repris le terme de « détention préventive » ⁸⁴², alors que d'autres traductions de la Constitution espagnole privilégient le terme de « garde à vue » ⁸⁴³. La différence est notable, surtout qu'en droit français, les deux termes, bien que renvoyant à des mesures coercitives, recouvrent des acceptions bien distinctes. Il semblerait cependant qu'en l'espèce, le terme de garde à vue soit le plus approprié : la détention préventive, telle qu'entendue dans la procédure pénale française, ne pourrait avoir pour équivalent une procédure d'une durée de soixante-douze heures. En outre, l'institution espagnole, qui se rapproche de l'esprit de la détention préventive française, se dénomme *prison provisional* et peut durer jusqu'à deux années.

⁸⁴⁰ Cf. *supra*, nos développements de la première section.

⁸⁴¹ STC 199/1987, cons. en fait 3, 2) pour la requête du Parlement catalan, 9, 4) pour celle du Parlement basque et cons. en droit 8.

⁸⁴² F. MODERNE, « Le juge constitutionnel et la lutte contre le terrorisme... », art. cit., p. 530-531 ; J.-J. SOLOZABAL ECHAVARRIA, « Rapport espagnol... », art. cit., p. 155.

⁸⁴³ V., par exemple, le site mjp.univ-perp.fr/constit/ ou encore le site du Congrès des députés à l'adresse suivante : www.congreso.es/constitucion/ficheros/c78/cons_fran.pdf.

En prévoyant un délai de garde à vue supérieur à soixante-douze heures, le législateur se contentait de mettre en œuvre la compétence qu'il tient de l'article 17, alinéa 2, de la Constitution. En effet, selon cet article, « la garde à vue ne pourra pas durer plus que le temps strictement nécessaire pour réaliser les vérifications tendant à l'éclaircissement des faits et, en tous cas, le détenu devra être mis en liberté ou à la disposition de l'autorité judiciaire dans le délai maximum de soixante-douze heures »⁸⁴⁴.

La Constitution pose ici la finalité de la mesure de garde à vue et fixe une limite temporelle qui ne doit pas être dépassée. Néanmoins, elle prévoit elle-même des hypothèses de suspension de certains droits fondamentaux, notamment à l'article 55-2, parmi lesquels figure l'article 17, alinéa 2. Ce dernier est donc susceptible de faire l'objet d'une suspension dans le cadre strictement défini des enquêtes sur les activités des bandes armées et des éléments terroristes. La suspension ne vise par contre que la *durée maximale* de suspension et non la mise à disposition du gardé à vue à l'autorité judiciaire⁸⁴⁵. L'article 55-2 de la Constitution autorise une durée de garde à vue plus longue que celle applicable aux infractions de droit commun limitée à soixante-douze heures. Le texte compense cette exception au régime de la garde à vue en la circonscrivant à la condition posée par l'article 17, alinéa 2 lui-même, c'est-à-dire la nécessité d'éclaircir les faits. En aucun cas, la prolongation de la garde à vue au-delà des soixante-douze heures constitutionnellement concédées ne pourra être employée comme « un moyen répressif ou préventif, comme un instrument de menace ou de dissuasion »⁸⁴⁶ des délinquants présumés.

L'article 13 de la loi organique 9/1984 s'inscrivait dans cette logique. En suspendant cette limite temporelle de soixante-douze heures, il permettait la prolongation de la garde à vue. Le Tribunal constitutionnel admet d'ailleurs, sans difficulté, la finalité de l'article soumis à son examen, étant donné qu'elle est une mise en application du mécanisme de suspension individuelle des droits, voulue par les constituants et formalisée à l'article 55-2 de la Constitution. Le juge constitutionnel admet qu'en vertu de cet article, il revient au législateur organique de fixer *un nouveau délai maximum* de garde à vue.

⁸⁴⁴ Sur l'esprit général du texte de l'article 17, A. ELVIRA PERALES, « Sinopsis artículo 17 », 2006, [www.congreso.es].

⁸⁴⁵ J.-J. SOLOZABAL ECHAVARRIA, « Rapport espagnol... », art. cit., p. 155.

⁸⁴⁶ *Ibid.*

Pour ce faire, il dispose « d'une marge d'appréciation [...], mais pas d'une liberté de choix qui lui permette d'augmenter, selon sa seule volonté, la durée de cette situation exceptionnelle »⁸⁴⁷.

Le Tribunal constitutionnel va appuyer la limite de la compétence du législateur organique, à la fois sur la base des normes européennes et sur celles de la Constitution espagnole. Il se réfère ainsi, d'une part, aux articles 9, alinéa 3, du Pacte international sur les droits civils et politiques, et 15, alinéa 3, de la Convention européenne des droits de l'Homme⁸⁴⁸, qui exigent, tous deux, la présentation du détenu à un juge judiciaire « dans le délai le plus bref possible » et, d'autre part, à l'article 17, alinéa 2, de la Constitution espagnole, qui affirme que la détention ne pourra durer « plus de temps que ce qui est strictement nécessaire » à la réalisation des recherches correspondantes.

Le juge constitutionnel ne peut que conclure que le législateur ne dispose pas d'une liberté totale de choix en la matière. Ce dernier doit concilier, d'un côté, les exigences qui dérivent des recherches correspondant à l'activité des bandes armées et des éléments terroristes et, d'un autre côté, l'application des critères de stricte nécessité et des délais les plus brefs.

Le Tribunal constitutionnel reconnaît que le délai maximum de prolongation, tel que mis en place par l'article 13 de la loi organique déferée équivaut à *tripler* le délai maximum de soixante-douze heures fixé par la Constitution. Or, comme le souligne le juge, ce délai est déjà lui-même supérieur à ceux établis dans les ordonnancements voisins. Il le juge *excessif*⁸⁴⁹.

Le Parlement basque avait précisé, dans sa lettre de saisine, que ce délai de dix jours était « injustifiable »⁸⁵⁰. Le Tribunal constitutionnel vérifie quel motif pourrait être suffisamment légitime pour permettre une garde à vue si longue. Il souligne que l'Avocat de l'État n'a fourni aucune raison qui puisse le convaincre

⁸⁴⁷ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 8.

⁸⁴⁸ Art. 9, alinéa 3 du PIDCP : « Tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré. La détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience, à tous les autres actes de la procédure et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement. »

Art. 5, alinéa 3 de la Conv. EDH : « Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience. »

⁸⁴⁹ F. MODERNE, « Le juge constitutionnel et la lutte contre le terrorisme... », art. cit., p. 530.

⁸⁵⁰ *STC* 199/1987, cons. en fait n° 3.

qu'une « prolongation si dilatée et inhabituelle de la garde à vue est une exigence strictement nécessaire pour la réalisation des recherches correspondantes »⁸⁵¹. Il retient ensuite, comme une circonstance aggravante en quelque sorte, que cette amplitude de la garde à vue – dans les limites fixées initialement par l'article 13 – peut équivaloir à une peine additionnelle et une pression morale supplémentaire et injustifiée sur le détenu, incompatibles avec ses droits à ne pas témoigner contre lui-même et ne pas s'avouer coupable⁸⁵².

Le Tribunal constitutionnel conclut ainsi qu'« en permettant une prolongation de la garde à vue de sept jours au-delà des 72 heures communément autorisées, l'article 13 n'a respecté ni les exigences de l'art. 17-2 de la Constitution (ne peut durer plus de temps que nécessaire) ni celles des articles 9, alinéa 3, et 5, alinéa 3, du PIDCP et CEDH. Il doit donc être déclaré inconstitutionnel [...] en raison de la durée excessive de la prolongation de garde à vue »⁸⁵³.

Par cette censure, le Tribunal constitutionnel envoie un signal fort au législateur, en lui indiquant que l'augmentation du délai de garde à vue de sept jours supplémentaires est *excessif*, au regard, aussi bien, de la Constitution espagnole elle-même que des engagements internationaux que l'Espagne a souscrits.

En posant une limite temporelle à la durée de la garde à vue pour des actes de terrorisme, le juge constitutionnel précise aussi la portée de l'article 55-2 de la Constitution espagnole. Celui-ci, bien que de prime abord très précis quant à la compétence du législateur organique en matière de terrorisme⁸⁵⁴, révèle en pratique des zones d'incertitude quant aux limites réelles de cette compétence législative, notamment sur l'objet précis visé par la suspension d'un droit fondamental. En l'espèce, le Tribunal constitutionnel a ainsi pu préciser que la suspension de l'article 17, alinéa 2, de la Constitution, équivalait à suspendre le seul délai de soixante-douze heures fixé par le texte.

Peu de temps après cette décision⁸⁵⁵, le juge constitutionnel espagnol a complété l'interprétation constitutionnelle de l'article 55-2 de la Constitution, en

⁸⁵¹ STC 199/1987, cons. en droit n° 8.

⁸⁵² Pour le Parlement basque, cette prolongation « injustifiable » du délai de garde à vue n'est pas compatible avec la présomption d'innocence ou avec le droit à ne pas témoigner contre soi-même et de ne pas s'avouer coupable reconnus à l'article 24, al. 2 de la Constitution.

⁸⁵³ STC 199/1987, cons. en droit n° 8.

⁸⁵⁴ Cf. supra, chapitre 1^{er} du Titre 2 de la première Partie.

⁸⁵⁵ STC 153/1988, cons. en droit n° 5. Le requérant formait un *amparo* à l'encontre de la décision du juge d'instruction de San Sebastian qui s'était déclaré incompétent pour connaître sa demande d'*habeas corpus* en raison du motif justifiant la garde à vue de ce dernier : l'appartenance à une bande armée. La procédure de détention du requérant entrait dans le champ d'application de la loi 11/1980, adoptée sur le fondement de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, et se trouvait donc être, de ce fait, soumise à la compétence des

précisant que ce dernier ne pouvait également être entendu comme autorisant la suspension du quatrième alinéa de l'article 17 de la Constitution, qui pose le principe de l'*habeas corpus*⁸⁵⁶. Cette déclaration intervient à la suite d'un recours d'*amparo*, sa portée est différente de la décision 199/1987, rendue dans le cadre d'un contrôle abstrait de la loi. Néanmoins, il est fort probable que le Tribunal constitutionnel la réitérerait dans le cadre d'un recours en inconstitutionnalité si cela se présentait, étant donné que ni la rédaction de l'article 55-2 de la Constitution ni les normes régulant la procédure d'*habeas corpus* ne laissent de place aux doutes⁸⁵⁷.

L'article 55-2 de la Constitution espagnole a également servi de paramètre de choix au Tribunal constitutionnel, dans la même décision 199/1987, pour censurer une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression.

§ 2 – L'interdiction de suspendre les droits fondamentaux en dehors du cadre constitutionnel en Espagne

L'article 55-2 de la Constitution espagnole est un paramètre de contrôle extrêmement précieux pour le Tribunal constitutionnel lorsque ce dernier doit examiner une loi antiterroriste. Il fonctionne, en effet, comme une sorte de filtre, puisque toute question de constitutionnalité relative à une disposition antiterroriste va être examinée à l'aune des dispositions du précepte constitutionnel.

Malgré un intérêt certain et le confort que cet article procure au Tribunal constitutionnel – seul juge constitutionnel à disposer d'un tel outil – sa rédaction a

juges d'instruction de l'*Audiencia Nacional* en raison de la centralisation des poursuites des actes de terrorisme, et ce, en vertu de la loi organique 6/1984 régulant la procédure d'*habeas corpus*. En effet, l'article 2, alinéa 2, de cette loi organique prévoit que lorsque la détention obéit à l'application de la loi qui met en œuvre les hypothèses mentionnées à l'article 55-2 de la Constitution, la procédure doit être suivie par le juge central d'instruction. Or, le requérant avait assimilé la déclaration d'incompétence du juge de San Sebastian à une suspension de l'article 17, alinéa 4, de la Constitution espagnole. Le Tribunal constitutionnel souligne ainsi qu'« il est certain que l'article 55-2 de la Constitution ne permet pas la suspension individuelle de la garantie d'*habeas corpus* », que « la déclaration d'incompétence attaquée dans le présent recours d'*amparo* n'équivaut pas à l'extension de la liste des droits susceptibles de suspension visés à l'article 55-1 de la Constitution aux cas strictement délimités de l'article 55-2 du même texte », puisque, note-t-il « ici, il n'y a pas eu suspension du droit mais seulement le constat du juge de San Sebastian de l'absence des conditions lui permettant d'examiner lui-même la procédure d'*habeas corpus* [...] ». Il poursuit en déclarant « que cette garantie s'applique également à qui est détenu en vertu de sa présumée appartenance à une bande armée. Cela est proclamé non seulement à l'article 1^{er} de la LOHC, qui fait allusion à « toute personne détenue illégalement », mais aussi au paragraphe 2 de l'article 2 de la même loi, qui le reconnaît expressément en mentionnant les hypothèses dans lesquelles la protection judiciaire revient au juge central d'instruction ».

⁸⁵⁶ L'alinéa 4 de l'article 17 de la Constitution espagnole dispose que « la loi définira une procédure d'*habeas corpus* pour mettre immédiatement à disposition judiciaire toute personne détenue illégalement. De même, la loi déterminera la durée maximale de la détention provisoire ». La procédure d'*habeas corpus* a ensuite été organisée par la loi organique 6/1984 du 24 mai, dite LOHC, B.O.E., n° 126 du 26 mai 1984, p. 14756.

⁸⁵⁷ V. l'article 2, alinéa 2, de la LOHC du 24 mai 1984.

parfois dû être précisée par le Tribunal, afin d'éviter une mauvaise application de ses dispositions. On pense, ici, aux décisions relatives à la « nécessaire intervention judiciaire » notamment, dont l'interprétation n'allait pas de soi et pour laquelle le Tribunal constitutionnel a dégagé une version conforme à la volonté des constituants et à la pratique policière⁸⁵⁸. Dans d'autres occasions, le législateur est allé manifestement au-delà de la compétence qu'il tire de la disposition constitutionnelle et le Tribunal n'a alors eu qu'à constater cet excès pour censurer cette erreur de jugement législatif.

Il est en effet évident pour le Tribunal constitutionnel que la suspension individuelle des droits fondamentaux, telle que conçue par l'article 55-2 de la Constitution, ne peut avoir « qu'un rôle limité [...] en tant que moyen de réaction face à des menaces concrètes. C'est pourquoi cette suspension ne peut pas être appliquée, même strictement, au-delà des hypothèses mentionnées dans le texte constitutionnel, que le législateur peut seulement préciser, mais sans aucune marge de manœuvre à ce sujet »⁸⁵⁹.

C'est dans cet esprit que le Tribunal constitutionnel a examiné, dans la même décision 199/1987, la conformité de l'article 21, alinéa 1, de la loi organique 9/1984 à la Constitution.

Cet article prévoyait qu'« une fois la plainte présentée par le ministère public admise, pour les délits commis par le biais de moyens d'impression, de radiodiffusion ou tout autre moyen qui facilite sa publicité, le juge, d'office ou à la demande dudit ministère, ordonnera la fermeture provisoire du média et, s'il estime nécessaire, la saisie des instruments ayant permis le délit, chaque fois que la gravité des faits et leur régularité rend pertinente l'adoption de cette mesure *exceptionnelle* de sécurité »⁸⁶⁰.

L'inconstitutionnalité de l'article était soulevée par les deux Parlements requérants au regard des articles 20⁸⁶¹ et 55-2 de la Constitution espagnole. Or, la loi

⁸⁵⁸ Cf, *supra*, chapitre 2 du Titre 2 de la première Partie.

⁸⁵⁹ STC 199/1987, cons. en droit n° 4.

⁸⁶⁰ C'est nous qui soulignons.

⁸⁶¹ Article 20 de la Constitution espagnole : « 1. Sont reconnus et protégés : a) le droit d'exprimer et de diffuser librement les pensées, les idées et les opinions par la parole, par l'écrit ou par tout autre moyen de reproduction ; b) le droit à la production et à la création littéraire, artistique, scientifique et technique ; c) le droit à la liberté d'enseigner en chaire ; d) le droit de communiquer et de recevoir librement une information véridique par tout moyen de diffusion. La loi règle le droit à la clause de conscience et au secret professionnel dans l'exercice de ces libertés. 2. L'exercice de ces droits ne peut être restreint par aucune forme de censure préalable. 3. La loi règle l'organisation et le contrôle parlementaire des moyens de communication sociale qui dépendent de l'État ou d'une personne publique quelconque et elle garantit

n'invoquait pas l'article 55-2 pour justifier la mesure prévue à l'article déféré et ne considérait pas *formellement* cette même mesure comme une suspension individuelle du droit.

Le lien entre l'article 21, alinéa 1^{er}, de la loi organique 9/1984, et l'article 55-2 de la Constitution, était pourtant clairement établi par les requérants dans leur saisine.

Le Parlement basque⁸⁶² soutenait explicitement l'inconstitutionnalité de l'article 21 de la loi organique pour méconnaissance d'une série d'articles, parmi lesquels l'article 20, alinéa 1, et 55-2 de la Constitution, en résumant son grief autour du constat que la prévision de la fermeture des moyens de diffusion prévue par la disposition déferée affecte l'article 20, alinéa 1^{er}, de la Constitution, parce que l'article 55-2 du même texte ne permet pas sa suspension. Le Parlement catalan⁸⁶³, quant à lui, considérait que l'article 21 de la loi organique était inconstitutionnel en raison de l'atteinte des articles 20, 24 et 117 de la Constitution. Ce requérant ne citait l'article 55-2 que dans le développement de sa saisine, en liant l'article 21 de la loi organique qui, selon lui, « porte atteinte à la liberté d'expression reconnue à l'article 20 de la Constitution, en étendant le contenu de la suspension des droits, prévue à l'article 55-2 de la Constitution [...] » et le fait que « la fermeture provisoire ou définitive des moyens de communication équivaut dans la forme et le contenu à une suspension individuelle de la liberté d'expression de l'article 20 de la Constitution pour laquelle le législateur organique n'est pas habilité ».

Les deux saisines établissaient donc un lien de cause à effet identique entre la disposition législative déferée et les articles 20 et 55-2 de la Constitution, alors que seul le Parlement basque évoquait directement la violation de l'article 55-2 de la Constitution. Ce détail démontre parfaitement que la fermeture des moyens de diffusion constituait, de toute évidence, une suspension du droit fondamental à la liberté d'expression⁸⁶⁴.

l'accès à ces moyens des groupes sociaux et politiques représentatifs, en respectant le pluralisme de la société et des différentes langues d'Espagne. 4. Ces libertés ont pour limite le respect des droits reconnus au présent titre, des principes contenus dans les lois qui les développent et, plus particulièrement, le droit à l'honneur, à l'intimité, à sa propre image et à la protection de la jeunesse et de l'enfance. 5. La saisie de publications, d'enregistrements ou d'autres moyens d'information ne peut être effectuée qu'en vertu d'une décision judiciaire. »

⁸⁶² *STC* 199/1987, cons. en fait n° 9, 8).

⁸⁶³ *STC* 199/1987, cons. en fait n° 3, §6.

⁸⁶⁴ Les deux saisines ne laissent pas place au doute quant au fait que les requérants voient dans l'article 21, alinéa 1, de la loi organique, une suspension de la liberté d'expression. Or, le Tribunal constitutionnel, dans son considérant en droit n° 12, reprend les griefs des Parlements basque et catalan et il expose que « la mesure supposerait une limitation du contenu essentiel des droits reconnus à l'article 20 de la Constitution, ou une suspension de ces derniers, pour laquelle le législateur n'a reçu aucune habilitation de la part de

Outre ce premier motif relatif à la nature même de la sanction – la fermeture provisoire des moyens de diffusion – les saisines abordaient un autre aspect, à leur sens, inconstitutionnel, qui était le caractère obligatoire de la mesure. L'emploi du verbe « ordonner », au futur dans l'alinéa premier de l'article 21 de la loi organique, correspondait en effet, pour les requérants, à une limitation de l'indépendance et de la liberté de décision du juge qui serait contraire aux articles 24 et 117 de la loi fondamentale. L'Avocat de l'État avait d'ailleurs la même lecture de la disposition, comme le Tribunal constitutionnel a cru bon de le souligner ⁸⁶⁵.

Le juge constitutionnel ne s'est prononcé toutefois que sur le premier des griefs, suffisant pour conduire à la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 21 de la loi organique 9/1984 ⁸⁶⁶.

Pour examiner la nature même de la sanction prévue à l'article 21, alinéa 1, de la loi organique, le Tribunal constitutionnel revient sur le lien entre la mesure et l'article 55-2 de la Constitution. Il estime que « l'invocation de l'article 55-2 n'est pas si inutile puisqu'elle permet de déduire que ce précepte n'autorise pas le législateur à établir une suspension des droits reconnus à l'article 20 de la Constitution ». Il est vrai qu'une simple lecture permet de le constater et de noter que les constituants ont, en revanche, autorisé la suspension de l'article 20, alinéa 1, lettre a) et d) et alinéa 5, dans les hypothèses d'état d'exception et de siège, prévues à l'article 55-1 de la Constitution. Cela traduit, pour le juge, « une claire volonté constitutionnelle » de ne pas autoriser la suspension des droits reconnus à l'article 20 dans le cadre des enquêtes sur l'activité des bandes armées et des éléments terroristes.

Ainsi, le juge constitutionnel convient que « le législateur n'était donc pas habilité à suspendre individuellement le droit reconnu à l'article 20 de la Constitution pour les cas de délits de terrorisme et bandes armées ».

l'article 55-2 » de la Constitution. Cette traduction des saisines de la part du Tribunal constitutionnel est assez surprenante. C'est nous qui soulignons .

⁸⁶⁵ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 12. Le Tribunal constitutionnel note effectivement que « les requérants et l'Avocat de l'État ont tous trois la même lecture de la disposition, c'est-à-dire que si la plainte présentée par le ministère public était admise, cela obligerait le juge à “ordonner” la fermeture provisoire des moyens de diffusion et lui permettrait de faire saisir les instruments du délit ». La présentation des observations de l'Avocat de l'État sur cet article se trouve au cons. en fait n° 11, §9.

⁸⁶⁶ Le Tribunal constitutionnel dit bien dans sa décision qu'il examine, dans un premier temps, si le contenu même de la mesure prévue à l'article 21, alinéa 1 attaqué, méconnaît l'article 20 de la Constitution puis, si cela est le cas, si la déclaration d'inconstitutionnalité du précepte rend inutile l'examen du second motif des saisines.

La seule possibilité de ne pas censurer la disposition législative en l'espèce aurait été de voir, dans la fermeture des moyens de diffusion, une simple limitation du droit et non pas une suspension de ce dernier.

Néanmoins, « une comparaison entre l'article 21 de la loi organique 4/1981 du 1^{er} juin sur les états d'alarme, d'exception et de siège, qui prévoit la suspension de tout type de publications et d'émissions radiotélévisées, et l'article 21, alinéa 1 déferé, qui impose la "fermeture provisoire" des moyens de diffusion, permet de conclure que les effets des deux articles sont identiques ». L'Avocat de l'État avait tenté de soutenir qu'il ne s'agissait pas d'une suspension puisque l'alinéa 2 de l'article 21 de la loi organique 9/1984 prévoyait la possibilité pour le juge judiciaire de lever postérieurement la mesure de fermeture, dans un délai de trois jours. Le Tribunal constitutionnel n'a pas considéré cette explication comme valable, « étant donné que l'existence de ce délai indique que l'efficacité du précepte a opéré une suspension temporaire du droit de l'article 20 de la Constitution ». Pour le Tribunal constitutionnel, il est donc évident que l'effet pratique de l'article 21, alinéa 1, de la loi organique, équivaut à une véritable suspension du droit, suspension que le législateur n'est pas habilité à prévoir sur la base de l'article 55-2 de la Constitution.

Le Tribunal constitutionnel a ensuite paré à toutes les éventualités en imaginant que la nature même de la mesure instaurée par l'article 21, alinéa 1, de la loi organique, n'est pas une suspension individuelle du droit à la liberté d'expression et d'information. Cependant, même sous cet aspect, le juge constitutionnel parvient au constat que le législateur a dépassé les limites de sa compétence en établissant « une restriction et une limitation de l'exercice de la liberté d'expression qui résulte *manifestement disproportionnée* du seul fait de l'admission de la plainte criminelle supposant une restriction de cette liberté qui ne peut se trouver protégée par la limite générique de l'article 20, alinéa 4, de la Constitution ».

Le législateur n'a donc pas concilié correctement les biens constitutionnels en jeu que sont, d'une part, le maintien de la sécurité publique et, d'autre part, la liberté d'expression et d'information. Pour le Tribunal constitutionnel, il n'a pas opéré une *adecuada ponderación*, car une disposition qui a une finalité essentiellement préventive – éviter la réitération du délit – « ne peut justifier constitutionnellement une restriction si radicale de ces libertés »⁸⁶⁷, et ce, d'autant plus que l'effet de la disposition affecte le présumé coupable mais aussi un certain nombre de personnes qui n'ont pourtant aucun lien avec le fait présumé délictueux.

Enfin, étant donné que *d'autres moyens en vigueur* sont à la disposition des pouvoirs publics pour assurer des mesures préventives qui ne supposent pas une telle limitation des libertés d'expression et d'information, l'article 21, alinéa 1, est,

⁸⁶⁷ STC 199/1987, cons. en droit n° 12.

dans cette optique également, contraire à l'article 20. Difficile de ne pas voir dans cette précision du juge constitutionnel espagnol, un contrôle de la nécessité de la disposition législative dans le cadre du contrôle de la proportionnalité au sens large ⁸⁶⁸.

Après cet examen très complet de la disposition législative, le Tribunal constitutionnel prend encore soin de souligner les effets indirects que pourrait avoir l'application de celle-ci. À son sens, elle peut conduire à une *autocensure* de la part des médias en question face à une menace potentielle de fermeture temporaire des moyens d'informations, du seul fait qu'une plainte ait été reçue pour tout type de délit en relation avec l'activité de terroriste ou d'une bande armée que toute personne aurait pu commettre à travers ce moyen de diffusion. Dans ce contexte, l'article 21, alinéa 1, de la loi organique, peut agir comme « coercition indirecte sur l'exercice des libertés d'expression et d'information de l'art. 20 de la Constitution qui résulteraient incompatibles avec celles-ci et avec un état démocratique de droit » ⁸⁶⁹.

Pour l'ensemble de ces raisons, le Tribunal constitutionnel conclut à l'inconstitutionnalité de l'ensemble de l'article 21 de la loi organique 9/1984 ⁸⁷⁰.

Le juge constitutionnel, en l'occurrence espagnol, peut donc prononcer des déclarations d'inconstitutionnalité des dispositions antiterroristes pour poser concrètement les limites de la conciliation opérée par le législateur entre la lutte contre le terrorisme et l'exercice des droits fondamentaux. Cette attitude est cependant rare au sein du contrôle de constitutionnalité des lois antiterroristes des pays faisant l'objet de notre étude. Plusieurs passages de décisions témoignent en effet que l'ensemble des juges constitutionnels privilégie une autre manière pour maîtriser l'action législative, qui se concrétise par l'énoncé de précisions devant conditionner la constitutionnalité des dispositions examinées et finalement validées, sur le long terme.

⁸⁶⁸ Cf. *infra*, nos développements du chapitre 2 du titre 2 de la présente Partie.

⁸⁶⁹ STC 199/1987, cons. en droit n° 12.

⁸⁷⁰ Alors que seul l'alinéa 1^{er} était spécifiquement déféré à l'examen du juge constitutionnel. Le lien entre les trois alinéas de l'article étant trop étroit, le Tribunal constitutionnel doit déclarer l'ensemble de l'article inconstitutionnel.

Section 3 : Les limites prospectives

Le juge constitutionnel encadre également la législation antiterroriste en indiquant au législateur la voie à suivre. Il fournit, en effet, dans ses décisions, toute une série d'indications qui permettent au législateur et aux pouvoirs publics, en charge de l'application des lois, de connaître de quelle manière les dispositions antiterroristes doivent être appliquées, afin que la constitutionnalité soit préservée.

Cet apport accompagne généralement les déclarations de rejet des griefs de constitutionnalité. Après avoir examiné ces griefs, le juge constitutionnel valide la disposition législative en accompagnant sa décision de messages plus ou moins contraignants, qui doivent guider l'interprétation de la disposition (§ 1). Il parvient aussi, par le même biais, à conditionner sa déclaration de constitutionnalité dans le temps lorsqu'un contexte d'urgence a nécessité une lecture particulière de la norme constitutionnelle (§ 2).

§ 1 – La lecture constitutionnelle des dispositions législatives

Par certaines affirmations, le juge constitutionnel entoure ses décisions de rejet de précisions primordiales pour l'application de la disposition législative litigieuse. Il encadre ainsi le droit du terrorisme par de simples phrases ou par de véritables réserves d'interprétation, dont les effets sur la lecture constitutionnelle de la législation antiterroriste méritent notre attention.

Dans son arrêt n° 15 de 1982, la Cour constitutionnelle a ainsi encadré la validation de la prolongation des délais de détention préventive d'un double avertissement à l'encontre du législateur italien (**A**). Le Tribunal constitutionnel et, surtout, le Conseil constitutionnel ont, quant à eux, employé la technique de la réserve d'interprétation pour préciser la constitutionnalité des dispositions (**B**).

A. Le double avertissement de la part de la Cour constitutionnelle

Dans son arrêt n° 15 de 1982, la Cour constitutionnelle italienne a assorti sa décision de rejet de la question de constitutionnalité relative à l'article 10 du décret-loi n° 625/1979 d'un double avertissement à l'encontre du législateur.

En l'espèce, il s'agissait pour la Cour d'admettre que les nouveaux délais de détention préventive pour les délits de terrorisme et de subversion de l'ordre démocratique, mis en place par l'article 10 du décret-loi qui les prolongeait d'un tiers, n'étaient pas déraisonnables en raison de la situation d'*emergenza* que traversait le pays – et que Parlement et Gouvernement avaient le *devoir* d'affronter en adoptant la législation appropriée – et des « difficultés objectives qui existent dans les vérifications liées aux procès et aux débats ».

La *Consulta* a tenu à préciser deux aspects relatifs au rapport qu'entretient la législation d'*emergenza* avec les droits fondamentaux.

Dans un premier temps, la Cour a averti le législateur que l'*emergenza* ne pourrait pas justifier n'importe quelle durée de prolongation de la détention préventive. En effet, « une prolongation trop importante des délais d'échéance de la détention préventive, de sorte qu'elle conduirait à une substantielle disparition de la garantie »⁸⁷¹ ne se justifierait pas, « même en période d'*emergenza* ».

Le législateur italien sait donc qu'il ne peut *tout* prévoir au prétexte qu'il agit dans le cadre de son devoir de lutter contre une situation d'*emergenza* et, en ce sens, on ne peut que se réjouir de cette précision de la *Consulta*.

Pour V. Grevi « si d'un côté, [cette déclaration] pouvait soulever une certaine perplexité au sein d'une décision qui, en définitive, avait adopté un critère plus politique que juridique pour évaluer la “*ragionevolezza*” de la durée de détention préventive, de l'autre, cela démontrait comment la Cour revendiquait sa compétence pour apprécier concrètement non seulement l'actualité de la situation d'*emergenza* mais aussi la “cohérence” constitutionnelle des mesures législatives adoptées pour y faire face »⁸⁷².

Dans un second temps, la Cour constitutionnelle affirme clairement que le législateur ne peut pas toujours agir dans le sens de la compression des droits des citoyens ou de leurs garanties pour pallier les problèmes d'organisation de la justice.

Il faut revenir, un instant, sur le cas d'espèce, pour mieux mesurer l'impact de l'affirmation de la *Consulta*. En allongeant d'un tiers les délais de détention préventive à l'article 10 du décret-loi, afin de résoudre « les difficultés objectives » liées à l'instruction des enquêtes sur les délits de terrorisme ou de subversion », le législateur avait pour objectif de faciliter le déroulement des procès sur de tels délits.

⁸⁷¹ *Cour const.* n° 15 de 1982, cons. en droit n° 7. La Cour constitutionnelle italienne emploie précisément le mot de *vanificazione*, du verbe *vanificare*, qui signifie « rendre vain ».

⁸⁷² V. GREVI, « Sistema penale e leggi dell'emergenza : la risposta legislativa al terrorismo », in G. PASQUINO (a cura di), *La prova delle armi*, Bologne, Il Mulino, 1984, p. 53.

Or, l'ordonnance du juge *a quo* soulignait justement la notion de *temps mort* inhérent au procès, c'est-à-dire la période durant laquelle aucune activité procédurale ne se déroule puisque la phase d'instruction est close, mais la situation reste figée dans l'attente du passage devant le juge de première instance. Autrement dit, pendant ce *temps mort*, l'accusé peut rester en détention jusqu'à deux ans et huit mois sans avoir encore été jugé. Pour le juge de la cour d'assises de Turin, la seule raison de cette étonnante situation se situe dans la « grave crise d'efficacité de l'administration de la Justice », qui se caractérise par l'allongement des rôles d'audience en raison de l'absence de personnel et l'impossibilité d'organiser des procès dans des temps opportuns et raisonnables pour que le débat ait lieu ⁸⁷³.

Pour la Cour constitutionnelle, ce sujet est un des points les plus « douloureux – peut-être le plus douloureux même – » du procès pénal. Elle concède toutefois que le législateur ne peut pas être directement mis en cause sur cette question, car la durée de ce *temps mort*, qu'elle qualifie de *déplorable*, ne dérive d'aucune disposition législative.

Toutefois, et c'est en cela qu'elle commence à dicter une conduite au législateur, elle estime qu'une « législation d'*emergenza* ne peut pas ne pas inclure des mesures destinées à adapter l'ordonnancement aux temps » qui se manifesteraient par « une organisation plus rationnelle et efficace, à tous les niveaux, des services judiciaires, en personnel et en moyen, qui soit apte à satisfaire, avec soin, les nouvelles et les plus grandes exigences justement là où et lorsqu'elles se vérifient ».

Ainsi, pour le juge constitutionnel italien, le législateur n'est pas dispensé du devoir de créer les conditions qui permettent de réduire au maximum le *temps mort*, et ce, même dans une situation d'*emergenza*. C'est une obligation qui pèse sur lui quelle que soit la période plus ou moins calme que traverse le pays, une sorte de devoir permanent.

Pour la Cour, l'adéquation de l'organisation judiciaire aux exigences accrues est un devoir auquel le législateur « ne peut plus se soustraire *en cohérence* avec les autres mesures urgentes et exceptionnelles adoptées » ⁸⁷⁴. Pour L. Carlassare, elle pose ainsi l'idée qu'« il ne serait pas légitime de toujours agir selon une seule et unique voie, celle de la prolongation des délais de détention préventive, en subordonnant entièrement la liberté de l'accusé aux aléas de la procédure (comme elle l'avait déjà noté dans l'arrêt n° 64 de 1970), sans intervenir parallèlement pour

⁸⁷³ *Cour const.* n° 15 de 1982, cons. en droit n° 7. Le juge *a quo* ajoute que l'on ne peut certainement pas invoquer pour justifier ce « temps mort » ni les exigences temporelles de l'instruction – qui est achevée –, ni une condamnation en voie d'appel à laquelle est attribué l'effet de réduire « la sphère de la présomption d'innocence ».

⁸⁷⁴ *Cour const.* n° 15 de 1982, cons. en droit n° 7. C'est nous qui soulignons.

remédier aux causes de l'inefficacité de la justice et favoriser une définition "vraiment sollicitée" des procès ». Si tel n'était pas le cas, « la longueur des délais ne serait plus justifiée par la situation d'*emergenza* mais plutôt – du moins principalement – par le dysfonctionnement de la Justice ».

Pour cet auteur, en affirmant qu'« une législation d'*emergenza* ne peut pas ne pas inclure des mesures destinées à adapter l'ordonnancement judiciaire aux temps » et en appelant à la cohérence, la Cour constitutionnelle italienne « ouvre une éventuelle voie pour un futur examen de la *ragionevolezza* de délais aussi longs de détention préventive qui pourraient bien devenir inconstitutionnels en l'absence de l'adoption concomitante de ces diverses, justes (et plus normales) mesures »⁸⁷⁵.

Par ces deux remarques, le Cour constitutionnelle a pris en compte la remarque du juge *a quo*, relative à la grave incidence de la « crise d'efficacité de l'administration de la Justice » sur la situation des accusés. Elle formule ainsi un double avertissement au législateur, qui devra donc veiller à les prendre en compte pour ne pas voir de futures dispositions censurées par le juge constitutionnel.

C'est dans un esprit similaire que les juges constitutionnels espagnol et français encadrent leur déclaration de validité de réserves d'interprétations.

B. Les réserves d'interprétation du Tribunal constitutionnel et du Conseil constitutionnel

Face à des conciliations qui n'étaient pas manifestement déséquilibrées, les juges constitutionnels espagnol et français ont validé les dispositions législatives qui leur étaient soumises, tout en les précisant, afin d'être assurés qu'elles recevraient une interprétation constitutionnelle.

Dans la décision 199/1987, le Tribunal constitutionnel a validé le report de l'intervention judiciaire *a posteriori* dans le cadre des contrôles de communications mises en place par l'article 17, alinéa 2, de la loi organique 9/1984.

Cet article avait pour principe de permettre les interceptions de communications, sous réserve de l'autorisation préalable du juge, sauf dans les cas d'urgence face auxquels le ministre de l'Intérieur pouvait décider seul de la mesure tout en communiquant immédiatement la décision au juge compétent qui, dans un délai de soixante-douze heures, devait confirmer ou révoquer l'opération.

⁸⁷⁵ L. CARLASSARE, « Una possibile lettura in positivo della sent. n°15 », note sous Cour const., arrêt n°15 de 1982, *Giur. cost.*, I, 1982, p. 107.

Tout en exposant en quoi le législateur pouvait être autorisé à moduler le principe d'une intervention judiciaire préalable⁸⁷⁶, le Tribunal constitutionnel a voulu préciser que du moment que la disposition législative examinée affectait un droit fondamental, « les motifs d'urgence doivent être interprétés de manière *restrictive* ». Il ajoute aussi que « la disposition impose une communication *immédiate* et *motivée* au juge compétent auquel il reviendra de confirmer ou de révoquer la mesure de manière immédiate », et que « la motivation *doit* inclure les motifs d'urgence qui ont nécessité la prise de décision administrative de la mesure »⁸⁷⁷.

Le juge espagnol apporte, avec ces deux éléments, une lecture plus précise des conditions dans lesquelles l'application du mécanisme prévu à l'article 17, alinéa 2, de la loi organique 9/1984, tolère une exception à l'intervention préalable du juge. Il s'assure ainsi que cette exception soit le plus limitée possible et que l'autorité administrative ne prenne pas de sa propre initiative la décision de déclencher les opérations pour des raisons qui ne se rapprocheraient pas d'un contexte d'urgence.

Cette réserve d'interprétation clairement posée par le Tribunal constitutionnel vient compléter les renseignements précieux qu'il fournit au cours de son examen de la norme attaquée et qui apparaissent dispersés dans ses considérants. À l'inverse, cette réserve finalise le raisonnement du juge constitutionnel en s'insérant dans le dernier passage de sa décision.

Le Conseil constitutionnel a, lui aussi, émis un certain nombre de réserves d'interprétation au cours de l'examen des articles 21 et 25 de la loi pour la sécurité intérieure (ci-après LSI), dans la décision du 13 mars 2003⁸⁷⁸.

Ces dispositions sont susceptibles de s'étendre au domaine de la lutte contre le terrorisme sans le viser exclusivement. Elles portaient sur le traitement automatisé de données nominatives, mis en œuvre par les services de la police nationale et de la gendarmerie nationale dans le cadre de leur mission. Les articles déférés au juge constitutionnel répondaient, pour le premier d'entre eux, à la volonté de faciliter la constatation des infractions à la loi pénale, le rassemblement des preuves de ces infractions et la recherche de leurs auteurs et, pour le second, à la vérification du comportement de certaines personnes physiques ou morales liées au domaine de la sécurité publique ou privée, afin de s'assurer de la compatibilité avec les missions et fonctions exercées.

L'étendue des réserves, au travers desquelles le Conseil constitutionnel a décidé de valider les dispositions, reflète sa volonté d'encadrer au plus près ses

⁸⁷⁶ Cf. chapitre 2 du Titre 2 de la première Partie.

⁸⁷⁷ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 10. C'est nous qui soulignons.

⁸⁷⁸ *Cons. const.* n° 2003-467 DC du 13 mars 2003.

nouvelles formes d'atteintes aux libertés, imposées par l'évolution de la lutte contre le terrorisme.

Les sénateurs et députés requérants amenaient le Conseil constitutionnel sur plusieurs voies, différentes dans la formulation de leur grief. Le Conseil constitutionnel a scindé son contrôle, afin d'examiner chacun des griefs – assez nombreux – pour finalement conclure à la validité des articles déférés sous cinq réserves énoncées.

Chacune d'entre elles avait pour objectif de répondre à une remarque plus ou moins conséquente que les requérants avaient voulu formuler dans leur lettre de saisine.

En ce qui concerne le respect de la vie privée, aménagé par les dispositions de l'article 21 de la loi, le Conseil constitutionnel a repris la quasi-totalité du contenu de ce dernier pour souligner sa portée, le type d'informations qui seront intégrées dans le fichier, le contrôle effectué par le procureur de la République sur le contenu du fichier, les personnes y ayant accès, ainsi que le renvoi à un décret pour l'application des dispositions dans le temps. Il a ensuite énoncé les garanties offertes par les articles 22 et 23 de la même loi, afin de préciser les modalités de gestion du fichier de données pour, enfin, affirmer « qu'il ressort des débats parlementaires, que la loi du 6 janvier 1978 susvisée, que le législateur n'a pas entendu écarter, s'appliquera aux traitements en cause »⁸⁷⁹.

Cette réserve qui fait office de garanties supplémentaire au vu de la matière sensible du traitement des données personnelles conduit le juge à rejeter le grief des requérants concernant la méconnaissance présumée du respect de la vie privée car « *l'ensemble de ces garanties* est de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée »⁸⁸⁰.

Concernant l'article 25, qui faisait l'objet du second grief, les requérants estimaient que « certaines utilisations seraient sans lien avec la finalité des traitements », notamment « en permettant la consultation des données nominatives

⁸⁷⁹ *Cons. const.* n° 2003-467, cons. n° 26.

⁸⁸⁰ *Cons. const.* n° 2003-467, cons. n° 27. Dans leurs saisine, députés et sénateurs soulignaient tous, dans les mêmes termes, qu'« il importe [...] de relever qu'il n'y a pas de référence expresse à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, alors que cela constitue une garantie des libertés (voir sur ce point : Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, considérant 133). Cette carence a fait l'objet d'une remarque négative de la part de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, réunie en séance plénière, le 24 octobre 2002. V. les lettres de saisine sur le site du Conseil constitutionnel, § 5. 1.

à des fins d'enquête administrative ». Selon les requérants, « le législateur permettait qu'il en soit fait un usage préjudiciable aux droits des personnes concernées »⁸⁸¹.

Toujours dans le but de pallier les craintes des requérants⁸⁸², le Conseil constitutionnel a tout d'abord tenu à préciser « qu'en vertu de l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978 susvisée, que ne remettent pas en cause les dispositions contestées : "Aucune décision administrative ou privée, impliquant une appréciation sur un comportement humain, ne peut avoir pour seul fondement un traitement automatisé d'informations donnant une définition du profil ou de la personnalité de l'intéressé" ; que les données recueillies dans les fichiers *ne constitueront donc*, dans chaque cas, qu'un élément de la décision prise, sous le contrôle du juge, par l'autorité administrative »⁸⁸³. Le juge constitutionnel poursuit en soulignant que « ces dispositions ne portent pas *par elles-mêmes* atteinte aux droits des étrangers, lesquels ne comprennent aucun droit de caractère général et absolu d'acquérir la nationalité française ou de voir renouveler leur titre de séjour ; *qu'elles ne sauraient en revanche être entendues comme* remettant en cause l'acquisition de la nationalité française lorsque celle-ci est, en vertu de la loi, de plein droit, ni le renouvellement d'un titre de séjour lorsque celui-ci est, en vertu de la loi, de plein droit ou lorsqu'il est commandé par le respect du droit de chacun à mener une vie familiale normale »⁸⁸⁴.

⁸⁸¹ *Cons. const.* n° 2003-467, cons. n° 18.

⁸⁸² V. le § 5, 1, de la lettre de saisine des députés et des sénateurs. « Or, l'article 13 de la présente loi propose un nouvel article 17-1 pour la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995, dont les deuxième et troisième alinéas prévoient la consultation des traitements susvisés aux motifs d'enquêtes administratives de toute sorte. » Le deuxième alinéa envisage, à cet égard, une liste des enquêtes administratives à établir par voie de décret. Une telle disposition heurte le principe de liberté individuelle et la vie privée tant elle est large et pourrait conduire à des pratiques abusives. Force est ici d'admettre que la finalité du fichier, au but judiciaire, est étrangère à la consultation par des autorités administratives faite dans un but tout autre. La moralité et les qualités personnelles d'un individu sont évolutives et la circonstance de figurer dans un tel fichier, encore une fois de conception très large, ne signifie pas nécessairement que l'individu concerné soit soupçonnable au plan administratif, et ce, parfois plusieurs années après les faits. Se pose, sur ce point, la question de la relation entre les fichiers en cause et le casier judiciaire, dont la constitution et la consultation répondent à des garanties dont on peut craindre que l'article 13 ne les contourne habilement. Mais précisément, en ce domaine sensible, l'habileté conduit à la censure. Il importe de rappeler que la CNIL, dans sa Délibération n° 00-064 du 19 décembre 2000 sur le STIC, a fait part de sa crainte que ce fichier puisse, eu égard à son « caractère exhaustif, servir à répertorier l'ensemble des procédures pénales dans lesquelles une personne aurait pu être mise en cause », et a conclu en indiquant qu'il ne devait « pas être utilisé comme un casier judiciaire parallèle » (§. 2.1. de la délibération). Dans cette même délibération, la CNIL a considéré que « le STIC ne pourra pas être utilisé dans le cadre d'enquêtes, dites parfois de moralité, ordonnées par l'autorité administrative sur des personnes sollicitant un titre, une habilitation, une autorisation ou un agrément » (§ 2.2. de la délibération). Ce danger grave pour les libertés individuelles et le respect des droits des personnes a encore été récemment pointé par cette autorité administrative indépendante, lors de sa séance du 24 octobre 2002 ».

⁸⁸³ *Cons. const.* n° 2003-467, cons. n° 34.

⁸⁸⁴ *Cons. const.* n° 2003-467, cons. n° 35. Les saisines précisaient : « Plus grave encore l'obligation faite en matière d'accès à la nationalité et au renouvellement de la carte de séjour par le troisième alinéa de cet article 13. Les craintes exprimées par la CNIL sont encore plus présentes à cet instant. Tout d'abord, ces consultations sont en directe opposition avec le principe de finalité des traitements des données personnelles. L'acquisition de la nationalité française ne peut être subordonnée à la consultation d'un fichier qui peut, le cas échéant, contenir, ainsi que le prévoit l'article 9 de la loi, des informations relatives à des personnes mises en cause par les services de police à un moment déterminé et qui seront ultérieurement

Il faut toutefois noter que contrairement à la composition de son raisonnement sur le grief relatif à la méconnaissance de la vie privée, le Conseil constitutionnel déclare d'abord que les dispositions de l'article 25 de la loi respectent les exigences constitutionnelles résultant des articles 2, 4, 9 et 16 de la DDHC pour, ensuite, poser deux réserves. Celles-ci viennent donc compléter la validation et non la conditionner, comme cela le laisse croire lorsqu'elles sont formulées avant la conclusion officielle ⁸⁸⁵.

La corrélation entre les réserves formulées par le Conseil constitutionnel et les remarques des requérants présentées dans leur lettre de saisine est frappante ⁸⁸⁶. Elle ne fait que confirmer la richesse de cet outil que représentent les réserves d'interprétation. À travers elles, le juge peut moduler son examen, et surtout, son jugement final, afin de concéder une part de *liberté* au législateur dès lors qu'il agit dans le respect des règles générales dans un domaine quelque peu nouveau – tel que celui des fichiers de données et les nouvelles technologies – tout en gardant une certaine clairvoyance qui exige le rappel de quelques principes si essentiels qu'ils auraient pu échapper au législateur ou aux acteurs du terrain mettant en œuvre la loi.

innocentées par une décision de justice telle qu'un non-lieu, un classement pour insuffisance de charges ou un acquittement. C'est pourquoi, les dispositions de l'article 13 obligeant les administrations ayant pour mission d'instruire les demandes d'accès à la nationalité ou de délivrer les titres de séjour, à consulter les fichiers de police judiciaire sont susceptibles de les conduire à prendre des décisions de refus non fondées (erreur de fait) aux conséquences juridiques et matérielles graves pour le requérant, ce qui méconnaît le droit à la vie privée et familiale des personnes dont vous avez reconnu la valeur constitutionnelle (Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997). De surcroît, l'obligation de procéder à la consultation en ces matières ne laisse aucune place à l'appréciation de la situation individuelle du requérant par l'administration et tend à transformer toute personne étrangère, qu'elle soit en situation régulière ou en passe de le devenir, en suspect administratif, ce qui rompt l'équilibre auquel doit veiller le législateur entre les nécessités du maintien de l'ordre public et les dispositions selon lesquelles les hommes sont présumés innocents et naissent et demeurent libres et égaux en droit, ainsi que le prévoient respectivement les articles 9 et 2 de la déclaration des droits de l'Homme. En matière de titre de séjour, il n'est pas indifférent de rappeler que vous avez censuré une disposition tendant à soumettre le renouvellement d'un tel titre à la menace ou non que représente, pour l'ordre public, l'étranger titulaire. Vous l'avez jugé en considérant que cette disposition rompait l'équilibre que la Constitution impose au législateur d'assurer entre les nécessités de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée et familiale. Une simple menace pour l'ordre public ne pouvant suffire pour justifier un non-renouvellement d'une carte de résident ayant permis à son titulaire de tisser des liens forts et durables avec la France (Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, considérant 45). Il est vrai que la disposition censurée figurait dans le programme du Front National pour les élections législatives de 1993. Quoi qu'il en soit, l'obligation de consulter un fichier de police judiciaire comportant des informations très diverses en vue du renouvellement des titres de séjour des étrangers, y compris lorsqu'il s'agit d'une carte de résident, ne peut que violer, même indirectement, le droit à la vie privée. En tentant de faire revivre, par un biais grossier, une disposition que votre vigilance républicaine avait permis de censurer, le troisième alinéa de l'article 13 doit connaître le même sort. »

⁸⁸⁵ V. les considérants n° 32 à 35 de la décision n° 2003-437 DC.

⁸⁸⁶ On la retrouve pour l'examen des troisièmes et quatrièmes griefs des requérants, relatifs à la méconnaissance du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de droit pénal des mineurs et le respect de la présomption d'innocence, par les dispositions des deux articles 21 et 25. Cf. *Cons. const.* n° 2003-437 DC, cons. n° 38 et 43.

La lutte contre le terrorisme n'était pas directement touchée par cet extrait de la décision du 13 mars 2003. Le thème de la sécurité justifiait néanmoins que le Conseil constitutionnel consacre un large développement à ces nouvelles mesures de contrôle.

Il est ainsi peu surprenant de retrouver un raisonnement similaire de la part du juge constitutionnel français dans la décision du 19 janvier 2006⁸⁸⁷, relative à la dernière loi antiterroriste en vigueur à ce jour. L'examen des articles 6 et 8 de la loi est ainsi construit sur la base de longs considérants très détaillés, reprenant en large partie les dispositions législatives contestées, de manière cependant saccadée, afin que le Conseil constitutionnel puisse en souligner, pas à pas, la constitutionnalité et éventuellement en préciser certains aspects⁸⁸⁸.

Il s'achève en toute logique sur le constat que « le législateur a assorti la procédure de réquisition de données techniques qu'il a instituée de limitations et précautions, *précisées ci-dessus*, propres à assurer la conciliation qui lui incombe entre, d'une part, le respect de la vie privée des personnes et la liberté d'entreprendre des opérateurs, et, d'autre part, la prévention des actes terroristes, à laquelle concourt ladite procédure »⁸⁸⁹.

Les réserves d'interprétation permettent ainsi au Conseil constitutionnel de « sauver le texte » législatif dans le domaine très sensible du terrorisme et de la sécurité au sens large. Elles sont essentielles, aujourd'hui, pour lui permettre de canaliser la législation antiterroriste dans les limites de la démocratie.

Le juge constitutionnel se sert parfois des mêmes méthodes pour conditionner la constitutionnalité des mesures législatives dans le temps.

§ 2 – *Le conditionnement de la constitutionnalité dans le temps*

Lorsque le juge constitutionnel a accepté une autre lecture des garanties des droits fondamentaux en raison de l'urgence inhérente au terrorisme⁸⁹⁰, il a toujours veillé à conditionner leur déclaration de constitutionnalité à cette circonstance si

⁸⁸⁷ *Cons. const.* n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006.

⁸⁸⁸ *Cons. const.* n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, cons. n° 2 à 12. Cf. F. ROLIN, S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *A.J.D.A.*, 2006, p. 975 et s. ; M-A. GRANGER, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme : le point de vue constitutionnel », in S. NIQUEGE (dir.), *L'infraction pénale en droit public*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 160-163 ; M-H. GALMARD, « Vers une nouvelle approche du phénomène terroriste ? Apports de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives aux contrôles transfrontaliers », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2007, n° 1, p. 13.

⁸⁸⁹ *Cons. const.* n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, cons. n° 10.

⁸⁹⁰ Cf. Chapitre 2 du Titre 2 de la première Partie.

particulière, qui agit tout d'abord sur la loi et, ensuite, sur le jugement de constitutionnalité, et qui a pour conséquence une limitation ponctuelle plus sévère de l'exercice des droits et libertés des citoyens.

Ce n'est donc que sous la condition de cette urgence, qui peut revêtir diverses formes, que le juge constitutionnel délivre un brevet de constitutionnalité à la disposition législative, mais un brevet *temporaire*. En effet, si l'urgence disparaît, la disposition législative ne peut plus être considéré comme conforme à la Constitution.

La Cour constitutionnelle l'a clairement affirmé dans l'arrêt n° 15 de 1982 au regard de la situation d'*emergenza*, alors que le Tribunal constitutionnel et le Conseil constitutionnel n'ont pu être aussi formels dans leur décision en raison du caractère de l'urgence que la disposition législative déferée envisageait.

La constitutionnalité des articles 16 et 17, alinéa 2, de la loi organique 9/1984, a été validée par le Tribunal constitutionnel dans la décision 199/1987.

Ces dispositions avaient pour objectif de faciliter les opérations d'enquêtes dans le cadre des investigations sur les délits de terrorisme en autorisant les arrestations et fouilles domiciliaires, sans que les agents aient besoin d'obtenir en amont une autorisation du juge, et en permettant l'interception des communications sur décision du ministre de l'Intérieur. Dans les deux hypothèses, l'autorité judiciaire devait être informée *au plus tôt* des opérations et, pour les écoutes téléphoniques, il devait confirmer ou révoquer la mesure dans les soixante-douze heures.

Le Tribunal constitutionnel a estimé que ces prévisions respectaient la « nécessaire intervention judiciaire », exigée par l'article 55, alinéa 2, de la Constitution, en dépit des saisines des requérants qui prônaient une intervention préalable, puisque le législateur n'avait pas supprimé l'intervention du juge mais l'avait simplement reportée, *a posteriori* en raison des conditions spécifiques d'urgence caractérisant l'action des forces de police, conciliant ainsi cette exigence avec celle de la suspension des droits fondamentaux prévue au même article de la Constitution.

Toutefois, dans ses raisonnements, le juge a clairement conditionné la validité du report de l'intervention du juge à l'existence de certaines circonstances.

Ainsi, concernant les opérations d'arrestation et de fouille domiciliaire, prévues à l'article 16 de la loi organique 9/1984, le Tribunal constitutionnel a bien souligné que l'exception à la nécessité d'une intervention judiciaire préalable ne peut être entendue que « de manière exceptionnelle, dans des hypothèses absolument indispensables et dans lesquelles les circonstances de l'espèce ne permettent pas

l'adoption préalable de mesures par l'autorité judiciaire pour procéder à l'arrestation immédiate d'un présumé terroriste ».

Le législateur a concilié correctement l'effectivité de la suspension du droit à l'inviolabilité du domicile et la suffisante intervention judiciaire. Il a ainsi accordé les deux éléments et « a *seulement* sacrifié le caractère préalable de l'intervention judiciaire dans des hypothèses *limitées*, afin de respecter la finalité pour laquelle l'article 55, alinéa 2, permet la suspension du droit à l'inviolabilité du domicile ». C'est pourquoi le Tribunal constitutionnel accepte cet aménagement de l'intervention de l'autorité judiciaire, car « dans ce cas, et seulement dans ce cas, l'intervention judiciaire pourra être *a posteriori* ».

Le Tribunal constitutionnel finit alors par juger que « la conclusion de tout cela est que l'article 16 [...] ne fait pas prévaloir le contenu essentiel de l'article 55, alinéa 2, de la Constitution, soit la suspension, sur l'exigence d'une autorisation judiciaire pour pénétrer dans un domicile mais seulement de manière exceptionnelle, dans des hypothèses absolument indispensables, caractérisées par la nécessité de procéder immédiatement à l'arrestation d'un présumé terroriste »⁸⁹¹. Cette reprise littérale d'un passage de son raisonnement dans le dernier paragraphe de son examen est très symbolique. Ce n'est qu'une manière d'insister sur les conditions strictes qui devront guider la mise en pratique de la disposition. Autrement dit, le juge constitutionnel limite la portée de l'article 16 de la loi à des cas exceptionnels, afin que, en dehors de ces cas, il soit considéré inconstitutionnel et engage, en pratique, la responsabilité des agents ayant agi sans respecter ces conditions précises de mise en œuvre de l'article⁸⁹².

Concernant le second article examiné, l'article 17, alinéa 2, de la loi organique 9/1984, l'apport du juge constitutionnel pour une lecture constitutionnelle était plus facile, puisque la rédaction du précepte distinguait déjà la situation *classique* dans laquelle le juge accorde, dans une décision motivée, l'interception des communications, à l'alinéa 1^{er}, et la situation *d'urgence* qui implique que la décision d'opérer soit adoptée par le ministre de l'Intérieur avec une communication immédiate de cette décision au juge (alinéa 2).

Le législateur conditionnait donc, plus explicitement que dans l'article 16 de la loi organique, l'absence de décision judiciaire préalable à l'opération de contrôle des communications à la notion d'urgence. Cette présentation bien nette posait

⁸⁹¹ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 9.

⁸⁹² Conformément aux dispositions de l'article 55, alinéa 2, de la Constitution espagnole, qui prévoit l'engagement de la responsabilité pénale pour violation des droits et libertés reconnus par les lois en cas d'utilisation injustifiée ou abusive des facultés reconnues dans la loi organique mettant en œuvre l'article 55, alinéa 2, de la Constitution.

l'intervention du juge comme le principe, et l'absence de son intervention comme l'exception.

Malgré les griefs des requérants, qui ne toléraient pas l'absence d'intervention judiciaire préalable même dans des hypothèses qualifiées par l'urgence, le Tribunal constitutionnel a concentré son examen sur la dichotomie de l'article, fondée sur l'urgence, pour conclure à la validité de la disposition.

Dans un premier temps, il est ainsi revenu sur le fait que la suspension du droit au secret des correspondances, prévue à l'article 55, alinéa 2, de la Constitution, ne pouvait s'entendre comme la possibilité de conférer à l'administration le pouvoir de décider, de son propre chef, de toute mesure d'interception des communications d'une personne ou d'un groupe de personnes, tout comme il n'autorisait pas la loi à supprimer de manière générale et dans toute hypothèse, l'intervention judiciaire préalable au nom d'une meilleure effectivité de la suspension des droits. Ce n'est qu'au prix d'une *conciliation adéquate*, pour reprendre l'adjectif du juge espagnol, des finalités poursuivies par la suspension individuelle du droit au secret des communications et de l'exigence d'une intervention du juge que sera atteint l'objectif constitutionnel de la suspension des droits garantissant, en même temps, la meilleure intervention judiciaire.

Ainsi, le Tribunal constitutionnel insiste sur le fait que le principe établi à l'article 17 est celui de la compétence de l'autorité judiciaire pour décider du bien-fondé des mesures d'interception de communications, pour ensuite noter que c'est « seulement dans des hypothèses déterminées, qualifiées par l'urgence et durant un temps limité » que l'alinéa 2 de l'article 17 autorise qu'une décision administrative puisse, « momentanément [...] décider de manière directe et immédiate » de la nécessité de contrôler les communications dans le cadre d'enquêtes sur les activités délictueuses des terroristes et des bandes armées. Il juge, en conséquence, qu'« en supprimant l'intervention judiciaire préalable seulement dans des hypothèses exceptionnelles caractérisées par l'urgence, le législateur a correctement concilié l'effectivité de la suspension et de l'intervention judiciaire, c'est pourquoi l'article 17, alinéa 2, n'est pas contraire à l'article 55, alinéa 2, de la Constitution »⁸⁹³.

Là encore, le Tribunal constitutionnel ne valide l'article que si les conditions d'urgence sont réunies. Si tel n'était pas le cas, à l'instar des arrestations et des fouilles domiciliaires, les interceptions de communications sans décision préalable du juge seraient inconstitutionnelles.

Il faut toutefois noter que si l'urgence est la condition principale qui motive la mesure législative et qui incite le juge à tolérer une intervention judiciaire a

⁸⁹³ *STC* 199/1987, cons. en droit n° 10.

posteriori, le Tribunal constitutionnel a pris le soin de mentionner que les interceptions de communications sur initiative de l'administration ne pourront se dérouler que durant « un temps limité », ce qui permet de voir là une précision du juge constitutionnel, qui étend à l'alinéa 2 la limite temporelle fixée à l'alinéa 1^{er}. En effet, le juge peut accorder l'autorisation de faire procéder à l'observation des communications pendant un délai de trois mois renouvelable pour le même temps, alors que lorsque le ministre de l'Intérieur ordonne ce contrôle, le texte de l'article ne donne aucune précision quant à la durée.

Par cette mention, il est sous-entendu que même les interceptions de communications sur initiative administrative doivent s'entendre comme étant possibles pour une durée de trois mois renouvelables.

La Cour constitutionnelle a, elle aussi, conditionné sa décision de rejet de la question de constitutionnalité de l'article 10 du décret-loi n° 625/1979 en se fondant sur l'*emergenza* qui caractérisait la vie politique italienne de l'époque et, par conséquent, la norme examinée.

Le décret-loi n° 625/1979 avait en effet été adopté pour affronter la situation de crise persistante qui s'était installée dans le pays depuis plusieurs années et qui se manifestait par des attaques terroristes contre les biens ou les personnes régulières. La Cour devait se prononcer sur un article qui prolongeait le délai de détention préventive de manière considérable (l'augmentation d'un tiers permettait une détention pouvant aller de deux ans et huit mois à dix ans et huit mois) pour les délits de terrorisme et de subversion de l'ordre démocratique.

Après avoir admis que le Gouvernement et le Parlement se trouvaient dans une situation de devoir agir – bien plus forte que la simple notion de droit et pouvoir – la Cour juge que l'*emergenza* est, dans son acception première, « une condition certainement anormale et grave, mais aussi essentiellement temporaire ». Ainsi, elle « légitime des mesures inhabituelles qui perdent toutefois leur légitimité si elles sont prorogées injustement »⁸⁹⁴.

La Cour ne s'étend pas plus longuement sur l'aspect temporaire de l'*emergenza*, mais cela suffit à lui faire rendre une décision de constitutionnalité provisoire.

À l'instar des décisions du Tribunal constitutionnel, le Conseil constitutionnel signifie par ces mots que si la disposition législative venait à être

⁸⁹⁴ Th. DI MANNO, « Les décisions de constitutionnalité précaire en Italie et en France », in *Liber Amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 203 et s.

appliquée alors que la situation d'*emergenza* a disparu de l'ordonnancement, elle devra être déclarée inconstitutionnelle.

Cette modulation du jugement de constitutionnalité est très intéressante, car elle symbolise, à elle seule, l'esprit qui anime le juge constitutionnel en général face aux lois antiterroristes.

L'objectif de lutte contre ce fléau est si légitime que sa remise en question n'est pas permise. Dès lors, il justifie une réduction conséquente de la sphère des droits des individus, mais en tant que menace exceptionnelle, les dispositions visant à l'éradiquer ne peuvent s'installer durablement dans le temps, sauf à y voir une évolution de l'État de droit.

Le juge constitutionnel tolère donc une invasion de la sphère des droits parce que cela sert la lutte contre le terrorisme mais, surtout, parce que cette invasion relève d'un besoin impérieux de mettre en place les outils efficaces. Sachant néanmoins que cette situation n'est pas appelée à durer, il conditionne alors son jugement dans le temps : tant que l'*emergenza* ou l'urgence est présente, la disposition est constitutionnelle, en revanche, si elle venait à disparaître, elle serait inconstitutionnelle.

L'apport de la déclaration est essentiel pour achever la lecture constitutionnelle de la décision de la Cour constitutionnelle. Il faut néanmoins préciser que la notion d'urgence, ou *emergenza* en Italie, a reçu les interprétations les plus diverses en politique, pour parfois se superposer, au point de se mélanger aux situations très ordinaires. Cette confusion normative pourrait altérer la déclaration de la constitutionnalité dans le temps de la *Consulta*.

Le Conseil constitutionnel a, lui aussi, accepté de valider les perquisitions de nuit dans le cadre des enquêtes relatives aux délits de terrorisme dans le cas exclusif de l'enquête de flagrance, dans la décision du 16 juillet 1996. L'article 10 de la loi du 22 juillet 1996 a donc été déclarée partiellement conforme à la Constitution, puisque sa partie initiale sur l'extension des perquisitions de nuit aux enquêtes préliminaires et de l'instruction a été censurée par le juge en raison de la protection insuffisante de l'autorité judiciaire qui était prévue.

Pour accepter ces opérations – qui n'apportent pas une atteinte excessive à la liberté de l'inviolabilité du domicile selon l'appréciation du juge constitutionnel, « eu égard aux exigences de l'ordre public » – le Conseil constitutionnel précise qu'elles visent les hypothèses où un crime ou un délit susceptible d'être qualifié d'acte de terrorisme « est en train de se commettre ou vient de se commettre », et qu'elles sont soumises à certaines conditions.

Le Conseil constitutionnel ne valide les perquisitions de nuit en cas de flagrance qu'en raison de la spécificité de ce type d'enquête, c'est-à-dire la nécessité d'une réactivité immédiate pour ne pas laisser filer indices et preuves, voire les suspects eux-mêmes. Aussi, les conditions exigées par le Conseil concernent les garanties entourant les perquisitions de nuit, soit leur autorisation par l'autorité judiciaire et la présence des garanties procédurales suffisantes pour leur bon déroulement ⁸⁹⁵.

Le Conseil constitutionnel aurait pu s'arrêter là pour valider la mesure. Cependant, il va préciser le cadre des perquisitions de nuit à travers deux réserves d'interprétations ⁸⁹⁶ qualifiées par les commentateurs d'adjonctives et neutralisantes ⁸⁹⁷.

La première concerne la notion de « nécessités de l'enquête » qui apparaissait dans la rédaction de l'alinéa 1^{er} de l'article 10 de la loi déferée. Le juge interprète ces nécessités « comme ne permettant pas d'autoriser une perquisition, visite ou saisie, que si celle-ci ne peut pas être réalisée dans les circonstances de temps définies à l'article 59 ». Par la seconde réserve, le Conseil constitutionnel précise qu'une fois l'autorisation accordée, les opérations « doivent être opérées sans délai » ⁸⁹⁸.

C'est avec cet ensemble de précisions, que forment les garanties légales et les réserves d'interprétations, que le Conseil constitutionnel conclut que le législateur n'apporte pas une atteinte excessive au principe d'inviolabilité du domicile, « eu égard aux nécessités de l'enquête en cas de flagrance ».

La validation du Conseil constitutionnel ne doit donc se concevoir qu'avec les réserves d'interprétations qu'il a émises, afin d'encadrer un peu plus la pratique des perquisitions de nuit ⁸⁹⁹. Puisque la loi autorise des perquisitions en dehors des règles ordinaires de la matière, dans des conditions dérogatoires au droit commun finalement, « le Conseil s'assure [...] que les conditions exceptionnelles qui justifient cette dérogation seront bien respectées ». C'est pourquoi il émet deux réserves, qui ont pour objectif de limiter le pouvoir d'appréciation des autorités qui appliqueront

⁸⁹⁵ Cette référence à l'intervention de l'autorité judiciaire a été présentée dans la première section du présent chapitre, cf. *supra*.

⁸⁹⁶ TH. S. RENOUX voit dans le considérant du Conseil trois réserves d'interprétation. Le législateur avait précisé à l'article 10 examiné que les opérations ne pouvaient, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées. Le Conseil reprend cette mention législative en ajoutant que la nullité revêt un caractère « d'ordre public ». Cet ajout constitue, pour l'auteur, une réserve d'interprétation. Outre les deux que nous citons, l'auteur mentionne le fait que le juge précise que la nullité peut résulter d'opérations qui auraient un autre objet que la recherche et la constatation des infractions (« Observations... », art. cit., p. 817).

⁸⁹⁷ P.-E. SPITZ qualifie la réserve sur la notion de « nécessités de l'enquête » de neutralisante (« À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 96-377 DC... », art. cit., p. 544 ; TH. S. RENOUX, « Observations... », art. cit., p. 817).

⁸⁹⁸ *Cons. const.* n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. n° 17.

⁸⁹⁹ F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme... », art. cit., p. 1254.

la loi, afin d'éviter les détournements de procédures ⁹⁰⁰. Les perquisitions de nuit constituent une atteinte grave au principe de l'inviolabilité du domicile et elles ne peuvent être justifiées que par l'urgence de la situation ⁹⁰¹. C'est pourquoi, il scinde son appréciation pour valider les perquisitions de nuit dans le cadre des enquêtes de flagrance et censurer les mêmes opérations dans le cadre de l'enquête préliminaire et de l'instruction.

La question du temps est donc essentielle pour le juge français. Les réserves qu'il formule ont bien pour objectif d'encadrer les perquisitions de nuit dans le temps : l'interprétation de la notion de « nécessités de l'enquête » implique que la règle est l'exécution des perquisitions aux heures « légales », fixées par l'article 59 du code de procédure pénale, afin de ne tolérer ces opérations la nuit que de manière exceptionnelle ; l'exigence d'une exécution « sans délai » des perquisitions, visites et saisies, dès lors qu'elles ont été autorisées par un juge, ajoute à l'idée que ce n'est qu'en raison d'un besoin imminent d'agir que cette entorse à l'inviolabilité du domicile est acceptée, conformément à la notion d'enquête de flagrance. Si les précisions apportées par les réserves peuvent, de prime abord, être évidentes, leur formulation claire et précise a le mérite de ne pas laisser place au doute et de contenir la restriction de l'inviolabilité du domicile dans le temps le plus bref possible. La première réserve a d'ailleurs ouvert la voie à la censure que le Conseil opère sur les perquisitions de nuit dans le cadre de l'enquête préliminaire et de l'instruction puisqu'il pouvait ainsi distinguer entre « les perquisitions effectuées eu égard aux nécessités de l'enquête de flagrance, dont il admettait la constitutionnalité, et les autres qu'il condamnait » ⁹⁰² en grande partie eu égard à leur éventuelle exécution « pendant une période qui n'est pas déterminée par la loi » ⁹⁰³.

A contrario, les agents de police se placeraient dans une situation non respectueuse des droits des individus et donc, inconstitutionnelle.

⁹⁰⁰ B. MERCUZOT, « Commentaires... », art. cit., p. 73.

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² P.-E. Spitz, « À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 96-377 DC... », art. cit., p. 544.

⁹⁰³ Cons. const. n° 96-377 DC, cons. n° 18.

Conclusion Chapitre 2

Le juge constitutionnel parvient à maintenir la législation antiterroriste dans un étau relativement étroit, en veillant à ce que certains aspects essentiels soient préservés en toutes circonstances.

Si cela ressort de manière indéniable pour la garantie de l'intervention judiciaire, les limites de la compétence législative en matière de terrorisme sont précisées au fil des dispositions déferées au contrôle de constitutionnalité, sans que d'autres aspects se distinguent aussi nettement que la garantie de l'intervention judiciaire.

L'examen de la jurisprudence constitutionnelle de la législation antiterroriste révèle, en outre, que le juge constitutionnel censure peu de dispositions. Les dispositions législatives qu'il examine passent, le plus souvent, le *test* de constitutionnalité sans entrave. Il se dégage, ici, le même trait caractéristique que pour les censures recensées, c'est-à-dire que peu de dispositions sont déclarées *simplement* constitutionnelles. Elles sortent de l'examen de constitutionnalité elles-mêmes modelées par les petites *touches* que le juge constitutionnel aura cru bon de préciser.

Les décisions traduisent ainsi une voie intermédiaire dans laquelle le juge constitutionnel valide l'action du législateur contre ce phénomène singulier en raison du modelage du cadre du contrôle, tout en resserrant l'étreinte de constitutionnalité, afin que cette action demeure respectueuse de l'État de droit.

Conclusion Titre 1^{er}

En resserrant la contrainte de constitutionnalité sur les dispositions antiterroristes, le juge constitutionnel pose les limites à l'action législative parfois de manière négative, en lui indiquant ce qu'il ne peut pas faire, et le plus souvent de manière positive pour ne pas dire pédagogique, en signifiant comment il peut faire ou comment les dispositions doivent être interprétées.

Juge constitutionnel et législateur fonctionnent alors *main dans la main* pour que l'État de droit puisse se préserver du terrorisme sans renier les fondements qui le définissent.

Le juge constitutionnel dispose des moyens pour guider la législation antiterroriste au sein de l'État. À ce titre, la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol illustre combien l'article 55-2 de la Constitution est un paramètre précieux pour l'examen de cette législation. En usant de ces moyens classiques de contrôle, le contrôle de constitutionnalité assure la mission pour laquelle il a été créé.

La poursuite de cette mission est parfois assurée sous une autre forme. Si le juge constitutionnel resserre la contrainte de constitutionnalité sur les normes antiterroristes pour affiner son contrôle, il lui arrive aussi de se servir de ces mêmes outils pour livrer un contrôle de constitutionnalité plus global.

Titre 2 :

Le repli du contrôle de constitutionnalité

La préservation du contrôle de constitutionnalité s'illustre, dans certaines décisions, par une modulation du contrôle de constitutionnalité qui s'analyse comme une forme de repli.

Le juge constitutionnel fait ainsi varier son contrôle, de lui-même, de manière souple, pour l'adapter aux conditions du moment.

Le contrôle rendu parvient à encadrer la législation antiterroriste, mais l'étau se desserre et la législation antiterroriste en vient alors à effleurer les frontières de l'État de droit. Le juge constitutionnel est, ici, un des dernier remparts contre l'arbitraire et livre ses ultimes concessions. La législation et le contrôle ne peuvent aller plus loin sous peine de renier le fondement démocratique de l'État de droit.

Ce relâchement du contrôle est choisi par le juge constitutionnel, car il représente le seul moyen d'exercer son office, de préserver le contrôle de constitutionnalité.

Ce mouvement se perçoit à la lecture de quelques décisions seulement. Il ne peut être présenté comme une généralité du contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Il nous interpelle, cependant, car il autorise une invasion assez poussée de la sphère individuelle, dans une époque où l'on assiste à une phase d'affolement de la législation antiterroriste qui s'inscrit dans un schéma plus large de politique sécuritaire.

Il a pour résultat que l'attitude du juge constitutionnel exprime une certaine retenue face à cette législation si singulière, et c'est un voile d'opacité qui recouvre alors la jurisprudence constitutionnelle, car les frontières classiques entre lesquelles cette dernière avait appris à naviguer harmonieusement sont plus troubles et exigent du juge constitutionnel qu'il trouve d'autres repères.

Si le juge constitutionnel tâtonne, c'est à petit pas. Pour l'instant, il assure pleinement son rôle et parvient à encadrer la législation antiterroriste en acceptant une souplesse de la norme constitutionnelle.

Parmi les décisions qui nous ont interpellé sur ce point, quelques-unes sont antérieures à 2001. Elles laissent entrevoir certaines limites du contrôle de constitutionnalité qui devait déjà être exercé de manière plus globale, notamment au regard de l'application du principe de légalité à l'infraction de terrorisme (**Chapitre 1**).

D'autres, postérieures à 2001, essentiellement issues de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, mettent en évidence une altération des équilibres classiques de la conciliation de l'ordre et de la liberté, qui s'exprime par un desserrement du contrôle de constitutionnalité (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 :

Le contrôle prudent de la définition de l'infraction de terrorisme

Le juge constitutionnel se trouve rapidement désarmé pour examiner de manière efficace l'infraction de terrorisme au regard du principe de légalité des délits et des peines. Cette infraction étant, à l'origine, bien difficile à formuler, le juge constitutionnel est contraint de livrer un examen *in globo* de l'infraction, à l'issue duquel le concept juridique du terrorisme est toujours aussi nébuleux et sa définition fortement tautologique.

Le Conseil constitutionnel et le Tribunal constitutionnel sont les deux seuls juges constitutionnels à s'être prononcés sur la conformité de l'infraction de terrorisme au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines. Le raisonnement suivi par les deux juridictions constitutionnelles laisse songeur. Il soulève, en effet, une forte perplexité, car aussi fragile qu'il puisse être, le raisonnement du juge constitutionnel présente le grand mérite d'avoir été mené à terme. Il a dû composer avec une formulation législative imparfaite et un principe qui appelle de lui-même un contrôle de compatibilité. Ce détonnant mélange a cependant été manipulé avec précaution par le juge constitutionnel, qui s'est au moins assuré de l'absence d'incohérence globale des définitions.

L'absence de nuance et de détails, quant à l'analyse de l'infraction de terrorisme, s'exprime au travers d'un raisonnement affirmatif du Conseil constitutionnel (**Section 1**) et une approche très historique du terrorisme dans société espagnole par le Tribunal constitutionnel (**Section 2**).

Section 1 : Le raisonnement affirmatif du juge constitutionnel français

Dans la décision n° 86-213 DC, le Conseil constitutionnel était saisi de la première loi antiterroriste française. Elle mettait en place un régime dérogatoire au droit commun, afin que toute une série d'infractions, déjà connues du droit pénal et réprimées par les textes, soient soumises à des règles spécifiques de procédure, d'instruction et de jugement, dès lors qu'elles étaient commises dans

une finalité *terroriste*. Le Conseil constitutionnel a ainsi été amené, par les requérants, à apprécier le concept de terrorisme, mis en place à l'article 706-16 du code de procédure pénale par l'article 1^{er} de la loi déferée, au regard du principe de légalité des délits et des peines. C'est au terme d'un raisonnement expéditif que le juge constitutionnel a validé la précision de l'élément matériel (§ 1) et la rédaction de l'élément finaliste de ce qui n'était encore qu'un concept de terrorisme (§ 2).

§ 1 – La précision par ricochet de l'élément matériel de la notion du terrorisme

Nous savons que l'élément matériel, tel que mis en place par les législations antiterroristes pour définir le concept de terrorisme, repose sur l'énumération d'une série d'actions. Même si l'élément finaliste est le seul qui permette de caractériser un acte d'infraction terroriste, l'élément matériel revêt, lui aussi, une importance particulière, car l'infraction de terrorisme se définit par référence aux actes par lesquels elle se concrétise. Ces actions répréhensibles constituent donc l'élément concret de l'infraction de terrorisme. Elles sont connues des ordonnancements et elles sont, très souvent, déjà réprimées en tant qu'infractions. Ainsi, par commodité, les législateurs de chaque pays renvoient aux normes réprimant ces actes de violence pour qualifier l'élément matériel de l'infraction de terrorisme.

Si les législateurs ont opté pour cette méthode dite *du renvoi*, au regard des premières manifestations du phénomène terroriste et de la difficulté à formuler une définition nouvelle, l'utilisation de cette méthode est vite devenue classique en matière de terrorisme. La méthode du renvoi est utilisée de manière variée par les législateurs. En effet, le renvoi à des infractions existantes est opéré de manière plus ou moins explicite. Aussi, certains textes vont directement faire référence à une loi ou un code en vigueur pour donner une idée précise de l'acte support de l'infraction de terrorisme classique. D'autres, à l'inverse, vont se contenter de mentionner les actes par lesquels l'infraction de terrorisme classique se réalise sans autre détail. Il faudra alors chercher, pour ces ordonnancements, les textes relatifs à ces actes qui les identifient en tant qu'infractions.

D'une manière générale, l'élément paraît précis, dans le sens où il fait appel à des notions connues du droit pénal, déjà incriminées, donc déjà appréhendées par le législateur et les juges. Ainsi, lorsque le Conseil

constitutionnel affirme très clairement, dans la décision n° 86-213 DC ⁹⁰⁴, qu'il estime que l'élément matériel du concept de terrorisme respecte le principe de légalité des délits et des peines, il rend une décision lapidaire et affirmative, qui paraît, de prime abord, tout à fait logique au vu de la rédaction de l'élément matériel par le législateur français (A). Cependant, après un examen plus approfondi de cet élément, le bien-fondé de la décision se dissipe rapidement, car il n'est pas toujours aisé de distinguer nettement les contours de l'élément matériel, que ce soit dans l'ordonnancement français – qui est pourtant celui qui le présente avec la plus grande minutie – ou dans les ordonnancements espagnol et italien ⁹⁰⁵ (B).

A. Une précision de principe

Le Conseil constitutionnel français a été amené à examiner la conformité du concept de terrorisme au regard du principe de légalité des délits et des peines mis en place par la première loi antiterroriste française du 9 septembre 1986 ⁹⁰⁶.

L'article 1^{er} de la loi du 9 septembre 1986 insérait, dans le code de procédure pénale, un nouvel article 706-16 qui définissait, pour la première fois, un concept de terrorisme en droit français. On ne pouvait parler à cette époque d'infraction de terrorisme étant donné que l'objectif de la loi était d'instaurer un ensemble de règles de procédures et de jugements dérogatoires, adaptées à la spécificité du phénomène.

L'article 706-16 était rédigé comme suit : « Lorsqu'elles sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, sont poursuivies, instruites et jugées selon les règles du présent code, sous réserve des dispositions du présent titre, les infractions définies par... », suivait alors une liste d'infractions assez fournie ⁹⁰⁷.

⁹⁰⁴ *Cons. const.* n° 86-213 DC du 3 septembre 1986.

⁹⁰⁵ Même sans décision sur cette question de la part des juges espagnol et italien, il est possible de raisonner par analogisme, tant la conception de l'infraction est proche. C'est pourquoi notre réflexion sur la décision française se nourrira de suppositions sur les Cours voisines.

⁹⁰⁶ Loi du 9 septembre 1986, relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, *J.O.* 10 septembre 1986.

⁹⁰⁷ L'article présentait cette liste ainsi : « 1° Les articles 257-3, 265, 295 à 298, 301, 303 à 305, 310, 311, les troisième (2°) et quatrième (3°) alinéas de l'article 312, les articles 341 à 344, 354, 355, 379, les troisième à septième alinéas de l'article 382, l'article 384, le premier alinéa de l'article 400, les deuxième à cinquième alinéas de l'article 434, les articles 435 à 437 et 462 du code pénal ; 2° L'article 3 de la loi du 19 juin 1871, qui abroge le décret du 4 septembre 1870 sur la fabrication des armes de guerre ; 3° L'article 6 de la loi n° 70-575 du 3 juillet 1970 portant réforme du régime des poudres et substances

La saisine des sénateurs était axée sur deux autres articles de la loi, qui renvoyaient à la notion de terrorisme. Les requérants reprochaient au législateur de soumettre certaines infractions à des règles particulières de poursuite, d’instruction et de jugement, non pas « par référence aux éléments constitutifs d’une ou plusieurs infractions définis de manière objective, mais par référence à l’élément purement subjectif que constitue le but poursuivi par l’auteur du ou des actes incriminés »⁹⁰⁸. Ils concluaient que la loi méconnaissait le principe de la légalité des délits et des peines formulé par l’article 8 de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen. Ils ne contestaient donc pas directement l’article 706-16, introduit par l’article 1^{er}, dans le code de procédure pénale, mais la logique d’application des mesures dérogatoires, et plus spécialement, les sanctions pénales particulières prévues aux articles 5 et 6 de la loi pour les actes entrant dans son champ d’application.

À leur sens, la définition des crimes et des délits étant toujours de caractère objectif, la loi aurait dû se limiter à prévoir des règles procédurales spéciales pour des crimes et délits de droit commun définis par le code pénal, auxquels l’autorité judiciaire aurait pu reconnaître un caractère terroriste en vertu de l’article 706-16 du Code de procédure pénale, instauré par la loi déferée⁹⁰⁹. Dans ces limites, le texte aurait été conforme aux principes constitutionnels.

Or, les sénateurs soulignaient que, s’agissant du terrorisme, la définition ne pouvait être liée à la nature des actes commis mais à l’intention des auteurs. Ainsi, la distinction entre un crime de droit commun et le même crime commis dans un but terroriste ne relevait que d’une appréciation subjective qui, à leur sens, ne pouvait être l’œuvre que de l’autorité judiciaire, « seule autorité dont la subjectivité soit constitutionnellement tolérable ».

Les sénateurs étaient conscients que l’article 1^{er} de la loi ne mettait pas en place une infraction spécifique de terrorisme – définition qui ne pouvait être que subjective – mais prévoyait simplement des règles procédurales spéciales pour ces crimes et délits de droit commun qui auraient finalement été retenus comme ayant un caractère *terroriste*. En conséquence, ils contestaient la prévision de sanction pour des crimes et délits n’ayant pas été définis de manière suffisante, le

explosives ; 4° L’article 38 et, en ce qui concerne les armes et munitions des première et quatrième catégories, les articles 31 et 32 du décret-loi du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions ; 5° Les articles 1^{er} et 4 de la loi n° 72-467 du 9 juin 1972 interdisant la mise au point, la fabrication, la détention, le stockage, l’acquisition et la cession d’armes biologiques ou à base de toxines ; 6° Les articles 16 et 17 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer. Les dispositions du présent article sont également applicables aux infractions connexes. »

⁹⁰⁸ Considérant n° 3 de la décision n° 86-213 DC.

⁹⁰⁹ La lettre de saisine des sénateurs, décision n° 86-213 DC, sur le *site internet du Conseil constitutionnel*.

principe de légalité était donc, selon leurs termes, « encore plus gravement méconnu »⁹¹⁰.

Pour repousser le grief des requérants, le Conseil constitutionnel a dû se prononcer sur la manière dont la loi entendait soumettre les infractions énumérées à l'article 706-16 du code de procédure pénale à un régime spécial. Cet article ayant été rédigé autour de deux éléments, matériel et finaliste, le juge constitutionnel s'est livré à l'appréciation de la structure de l'infraction et de chacun des éléments qui la composait⁹¹¹.

Après avoir insisté sur la binarité de la structure de l'article déféré⁹¹², il résout la question de la précision de l'élément matériel – basé, en l'espèce, sur le renvoi à des infractions existantes – de manière quelque peu expéditive.

Il va, en effet, rejeter le grief, en déclarant sobrement que la formulation du premier élément de l'infraction de terrorisme ne méconnaît pas le principe de légalité des délits et des peines, car les infractions auxquelles le législateur renvoie « sont elles-mêmes définies par le Code pénal ou par des lois spéciales en des termes suffisamment clairs et précis »⁹¹³.

Le Conseil se réfugie donc derrière le principe en vertu duquel les infractions du code pénal ou de lois spéciales déjà en vigueur sont définies conformément au principe de légalité, si bien qu'en renvoyant à ces infractions, afin de caractériser l'élément matériel du concept de terrorisme, l'article 706-16 du code de procédure pénale est lui-même conforme – du moins en cette partie – à ce principe.

Le Conseil se livre, en quelque sorte, à une appréciation *par ricochet*, qui lui permet de ne pas fournir de plus amples détails. Il peut ainsi poser son affirmation telle une vérité intangible. L'élément matériel du concept de terrorisme, tel qu'établi par l'article 1^{er} de la loi du 9 septembre 1986, respecte le principe de légalité des délits et des peines puisque les infractions *supports* le respectent, elles aussi.

⁹¹⁰ *Cons. const.* n° 86-213 DC, cons. n° 4. Dans leur saisine, les sénateurs soulignaient que « prévoir des sanctions particulières pour des crimes et délits qui n'ont pas été définis » serait « notoirement contraire au principe *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tel que l'a repris l'article 7 » de la DDHC. Cf. Lettre de saisine des sénateurs, *site internet du Conseil constitutionnel*.

⁹¹¹ *Cons. const.* n° 86-213 DC du 3 septembre 1986, cons. n° 5 et 6.

⁹¹² Qu'il valide implicitement, comme nous l'avons abordé *supra* (Chapitre 1^{er} du Titre 1^{er} de la première Partie), en considérant que l'application des règles particulières de poursuite, d'instruction et de jugement, et des peines spécifiques, n'est évidemment pas laissée au hasard mais à la réunion de deux conditions, l'une matérielle, l'autre subjective.

⁹¹³ *Cons. const.* n° 86-213 DC, cons. n° 6.

Le raisonnement du Conseil, quelque peu catégorique, voire cinglant, peut toutefois convaincre pour différents motifs.

D'une part, le Conseil n'a pu se montrer aussi affirmatif sans avoir, au préalable, examiné l'ensemble des infractions auxquelles les six alinéas de l'article 706-16 du code de procédure pénale renvoyaient ⁹¹⁴. En outre, quand bien même il ne l'aurait pas fait ou aurait constaté une éventuelle méconnaissance du principe de légalité par l'une de ces infractions *supports*, il aurait été difficile pour lui d'en juger autrement. Qu'il eût été ou non saisi de l'examen des crimes et délits énumérés dans la liste de l'article 706-16 du CPP au regard du principe de légalité, il ne pouvait légitimement remettre en cause la conformité d'incriminations en vigueur à ce principe fondamental ⁹¹⁵.

D'autre part, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale ne laisse aucun doute sur le caractère exhaustif de la liste d'infractions, ce qui conduit à penser que « c'est bien la précision qui caractérise le critère objectif » ⁹¹⁶.

Ensuite, la lecture de la liste des infractions susceptibles d'être qualifiées d'infractions de terrorisme démontre que la précision du renvoi n'a pas été laissée au hasard. Elle est, au contraire, le fruit d'un choix du législateur qui s'est, certes, inspiré en grande partie de la rédaction de l'ancien article 698, alinéa 2*c*, du code de procédure pénale, pour étendre la compétence de la Cour de sûreté de l'État au-delà des crimes et délits contre la sûreté de l'État, mais qui a surtout voulu se montrer extrêmement pointilleux. Ce dernier renvoie donc à des articles précis du code pénal ou de lois particulières, et parfois, va jusqu'à citer des alinéas d'article. Dans cet esprit, l'élément matériel du concept de terrorisme ne peut qu'être déclaré suffisamment clair et précis.

Enfin, si tous les législateurs ont choisi la méthode du renvoi à des infractions existantes pour définir l'élément matériel de l'infraction de terrorisme, ils ne l'ont pas utilisée avec la même précision. Seul le législateur français a employé la méthode du renvoi de manière aussi précise, dans un article unique, qui permet de donner une vision claire du concept de terrorisme. En revanche, les législateurs espagnols et italiens l'ont utilisée avec plus de retenue. Ainsi, seuls trois articles du code pénal espagnol renvoient précisément à des articles du code pénal pour caractériser l'élément matériel des délits de terrorisme, alors que les

⁹¹⁴ F. LOLOUM et P. NGUYEN HUU, « Le Conseil constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986 », *R.S.C.* 1987, p. 567.

⁹¹⁵ Bien que l'on puisse se demander s'il n'aurait pas été possible de faire application de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* au titre d'une modification du domaine d'application des articles mentionnés à l'article 706-16 du code de procédure pénale.

⁹¹⁶ J.-P. MARGUENAUD, « La qualification pénale des actes de terrorisme », *R.S.C.*, 1990, p. 5.

autres articles contiennent des formulations plus génériques, telles que « la mort d'une personne », « toute autre lésion », « la séquestration ». De même, en Italie, les articles du code pénal n'ont jamais contenu une référence explicite à un article du code ou de loi, mais seulement des références générales à des catégories d'infractions, telles que « l'atteinte à la vie ou à l'intégrité d'une personne », « la séquestration d'une personne », « endommager des biens mobiliers ou immobiliers d'autrui », etc.⁹¹⁷.

Le Conseil constitutionnel se trouvait donc dans la situation la plus confortable pour valider la rédaction de l'élément matériel par le législateur de 1986, car c'est bien lui qui fait preuve de la plus grande précision dans la formulation de l'élément matériel du concept de terrorisme.

Si l'ensemble de ces arguments légitime la décision du juge constitutionnel français, il faut toutefois concevoir que, malgré cette différence de précision, le Tribunal constitutionnel et la Cour constitutionnelle auraient pu aboutir au même constat que le Conseil français s'ils avaient été saisis en ce sens. En effet, même si les articles relatifs aux délits de terrorisme en Espagne et en Italie renvoient principalement à des catégories d'infractions – encore qu'il faille relativiser cette affirmation pour l'Espagne – ils caractérisent l'élément matériel de manière suffisante au regard des canons du principe de légalité criminelle. Certes, quelques doutes subsistent toujours quant à la délimitation exacte de l'élément matériel, mais fort est à parier, à l'image de leur appréciation sur la précision des termes de la définition, qu'en matière de terrorisme, les juges constitutionnels auraient toléré cette fluctuation. D'autant plus que, parfois, l'excès de précision peut nuire à la précision. Et c'est exactement ce qui se passe pour l'exemple français lorsque l'on examine de plus près l'énumération de l'article 706-16 du code de procédure pénale.

B. Une précision viciée

La précision de l'élément matériel du concept de terrorisme, officiellement reconnue par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 86-213 DC, a un effet trompeur. Après une première étape consistant en la reconnaissance de cette précision, vient une seconde étape, au cours de laquelle un examen plus approfondi de la liste d'infractions *supports* de l'article français exige de tenir des propos plus nuancés que ceux avancés par le Conseil.

⁹¹⁷ Cf. *supra*, les développements du chapitre 1^{er} du Titre 1^{er} de la première Partie.

La déclaration de la précision de l'élément matériel de l'infraction de terrorisme nous paraît effectivement exagérée, et ce, pour deux raisons principales qu'il convient d'exposer tour à tour.

Tout d'abord, le contenu de l'élément matériel semble avoir été déterminé par le législateur dans l'urgence de la situation, si bien que certaines infractions y figurent sans qu'elles soient immédiatement utiles, alors que d'autres, évidentes lorsque l'on pense au terrorisme, en sont absentes. L'exhaustivité de la liste serait donc un leurre et en ce sens, l'affirmation du respect du principe de légalité des délits et des peines serait viciée.

Pour composer cette liste, le législateur s'est inspiré de la rédaction de l'ancien article relatif à la Cour de sûreté de l'État (article 698 alinéa 2 c, du code de procédure pénale). Pour autant, il n'a pas repris la liste figurant dans cet article intégralement. Ainsi, de nouvelles incriminations ont été insérées dans l'article 706-16 du code de procédure pénale, comme le prouve la présence des articles 257-3 et 462 du code pénal. Le premier réprime la dégradation des monuments et d'objets d'utilité publique commise à l'aide de substances explosives ou incendiaires, le second, le détournement d'avion.

Le législateur a donc cherché à incriminer les comportements directement attentatoires à la vie et à l'intégrité des individus, mais il a aussi élargi l'incrimination à d'autres activités qui n'étaient pas automatiquement considérées comme favorisant les activités terroristes. Néanmoins, malgré une liste déjà conséquente d'infractions, on constate quelques « oublis majeurs »⁹¹⁸, tels que le recel de malfaiteurs au sens de l'article 61 du code pénal, le maintien ou la reconstitution directe ou indirecte d'une association ou groupement de fait, dissous sur le fondement de l'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1936, ou le chantage auquel pourraient se livrer les terroristes, afin d'obtenir des informations, ou la réalisation de certains actes par des personnes, dans le but de faciliter les attentats.

Ces infractions pouvaient pourtant favoriser la commission d'un acte de terrorisme.

Il est apparu très tôt que les activités terroristes étaient menées à terme notamment grâce à l'aide que les terroristes recevaient de diverses personnes et sous différentes formes. Le législateur de 1986 a donc inséré dans la liste de

⁹¹⁸ Nous nous appuyons, pour formuler ce développement, sur l'article de J-P. MARGUENAUD, qui est le seul auteur, à notre connaissance, à avoir démontré combien la précision du concept de terrorisme était discutable, malgré la décision du Conseil constitutionnel. Nous renverrons fréquemment à son article pour de plus amples détails (« La qualification pénale... », art. cit., p. 1 et s.).

l'article 706-16 du code de procédure pénale, au titre des délits obstacles, l'association de malfaiteurs (articles 265 à 267 du code pénal), qui permettrait la poursuite de personnes abritant et cachant les terroristes, afin de faire échouer les recherches policières, mais la prévision aurait été complète avec la mention du recel (il faudra attendre la loi du 22 juillet 1996 pour que la prévision du recel de malfaiteurs intègre l'infraction de terrorisme au sens de l'article 421-1 du nouveau code pénal – article 434-6 du code pénal).

La prévision du maintien ou de la reconstitution d'un groupement ou d'une association aurait également été intéressante pour éviter que des groupes subversifs, tels qu'Action directe, puissent se reformer, afin de reprendre leurs activités. La loi du 10 janvier 1936 prévoyait, dans son article 1^{er}, la dissolution des associations ou groupements de fait et, à son article 7, la dissolution de ces mêmes groupes ou associations qui se livreraient à des activités terroristes. La répression du maintien ou de la reconstitution de ces entités est déjà prévue à l'article 2 de cette loi, si bien que le législateur n'avait qu'à ajouter cet article à la liste des infractions de l'article 706-16 du code de procédure pénale.

Concernant le chantage, les terroristes devraient, en toute logique, chercher à faciliter leur action en faisant pression sur certaines personnes après avoir obtenu des informations à leur égard par le biais de l'informatique. De plus, les médias se feraient un plaisir de donner plus de poids à ces chantages terroristes et faciliteraient la diffusion des révélations. Les terroristes jouent très bien avec leur époque et leur lieu d'action, il est donc surprenant que l'article 706-16 du CPP ne retienne pas le chantage.

Ces lacunes ne sont que la conséquence de la méthode choisie par les législateurs en général et ici, en l'occurrence, par le législateur français en 1986. En écartant l'idée de formuler une infraction nouvelle de terrorisme au motif que sa définition eut été introuvable et en privilégiant une énumération d'infractions *supports* sous forme de liste, qui entraîne de manière systématique l'idée d'exhaustivité au sens de l'interprétation stricte de la loi pénale, les oublis étaient inévitables. En outre, l'urgence ne pouvait que favoriser cette vision parcellaire du phénomène terroriste, d'autant plus que s'ajoutait le fait qu'il s'agissait de la première ébauche du concept de terrorisme en droit français. Les lois successives sur la question terroriste auront d'ailleurs pour objet de compléter cette liste d'infractions *supports* pour pallier ces premières carences.

La seconde raison qui nous fait relativiser l'affirmation du juge constitutionnel dans la décision n° 86-213 DC se fonde sur l'approximation avec laquelle la liste de l'article 706-16 du code de procédure pénale a été réalisée.

En effet, la précision apparente avec laquelle le législateur s'est appliqué à renvoyer à des articles existants de code ou de loi est telle qu'elle produit l'effet inverse. D'une part, en allant jusqu'à renvoyer à des alinéas de certains articles, le législateur veut, certes, se montrer le plus minutieux possible et illustrer l'attention qu'il accorde à l'élément matériel du concept de terrorisme, mais il prend, paradoxalement, le risque de se tromper. Ainsi, lorsqu'il se réfère aux troisième et septième alinéas de l'article 382, il omet le fait que cet article n'en contenait que trois ⁹¹⁹. Cette petite imperfection secondaire n'a pas d'influence sur la qualification des infractions, en revanche, comme le souligne J-P. Marguenaud, ces imperfections « procèdent néanmoins d'une technique approximative qui, si elle devenait habituelle, aurait tôt fait de semer la confusion dans une matière où l'exactitude répond à des exigences particulières » ⁹²⁰.

D'autre part, certaines précisions peuvent aisément être perçues comme étant inutiles. Ainsi, la mention de l'article 295 du code pénal aurait suffi, afin d'inclure le meurtre dans la liste des infractions *supports*. Il n'était donc pas nécessaire d'inclure les articles 296 et 297 et 298 qui visent la préméditation et le guet-apens ⁹²¹.

L'excès de zèle du législateur français aura finalement desservi la délimitation du concept de terrorisme, alors que moins de précision aurait aidé le texte de l'article 706-16 du code de procédure pénale à gagner en cohérence.

La question de savoir pourquoi le législateur s'est autant « enlisé » dans « le détail de précisions souvent inutiles et parfois équivoques » ⁹²² se pose évidemment avec intérêt. J-P. Marguenaud y voit une improvisation aussi bien politique que technique, dans le sens où le législateur a adopté une conception vague des exigences de la lutte contre le terrorisme et a introduit des facteurs d'incertitude en voulant fournir trop de détails ⁹²³.

⁹¹⁹ Ce que souligne J-P. MARGUENAUD, « La qualification pénale.... », art. cit., p. 7.

⁹²⁰ *Ibid.*

⁹²¹ J-P. MARGUENAUD souligne également la situation paradoxale créée par l'excès de précision dès lors que celui-ci conduit à ce qu'une infraction énumérée par l'article 706-16 du CPP cesse d'appartenir à la catégorie des infractions de terrorisme selon les circonstances aggravantes dans lesquelles elle est commise. Il illustre son propos en évoquant, par exemple, que le vol simple de l'article 379 est prévu par l'article 706-16 du CPP, ainsi que les circonstances aggravantes du vol des articles 382 à 384 du code pénal. Le législateur a cru bon de préciser que l'article 382 n'était visé qu'en ses 3^{ème} et 7^{ème} alinéas, ce qui a pour conséquence « absurde » que le vol est une infraction de terrorisme quand il s'agit d'un vol simple ou d'un vol aggravé par les circonstances de l'article 384 ou par trois des quatre circonstances de l'article 382 alinéa 3, mais qu'il cesse d'en être une lorsqu'il est aggravé par une effraction ou par une commission de nuit par deux ou plusieurs personnes, cf. *Ibid.*

⁹²² Pour reprendre, encore une fois, les mots de J-P. MARGUENAUD, *ibid.*, p. 8.

⁹²³ *Ibid.*, p. 5.

Une improvisation, certes justifiée par l'urgence et la gravité de la situation, mais qui peut se révéler fatale pour les principes de l'état de droit, et notamment celui de légalité des délits et des peines.

Le Conseil constitutionnel ne l'a pourtant pas jugé ainsi. C'est dans ce cadre que l'approbation formelle de la précision de l'élément matériel du concept de terrorisme par le Conseil constitutionnel nous paraît d'autant plus contestable qu'elle ne prend pas en compte l'ensemble de ces remarques.

À ce titre, la précision de l'élément matériel, pourtant affirmée en 1986, a, par la suite, été rudement mise à l'épreuve par le législateur lui-même, qui a modifié son contenu à plusieurs reprises.

Le législateur français a sensiblement remanié l'élément matériel de l'infraction de terrorisme lors de la création d'une infraction autonome de terrorisme à l'article 421-1 du code pénal ⁹²⁴. Ce dernier a conservé la structure binaire retenue par l'article 706-16 du code de procédure pénale, ainsi que la méthode du renvoi à des infractions de droit commun, pour présenter l'élément matériel de l'infraction. L'aspect synthétique de l'élément matériel a donc été maintenu puisqu'il est regroupé au sein de cet article et il est, aujourd'hui encore, caractérisé par une longue liste d'infractions de droit commun auxquelles le législateur renvoie.

En revanche, la précision du renvoi est différente de celle de l'article 706-16 du code de procédure pénale. L'article 421-1 du code pénal ne se contente pas de citer des articles du code pénal ou de lois particulières pour énumérer les actes susceptibles de servir de support à l'acte de terrorisme. En effet, il cite les catégories d'infractions de droit commun de manière globale et renvoie ensuite à des livres ou à des séries d'articles du code pénal ou de lois. L'approche de l'élément matériel est ainsi différente puisqu'en 1986, le renvoi était opéré vers des articles précisément énumérés sans mention du type d'infractions visées dans ces articles.

Désormais, la lecture de l'article 421-1 du code pénal permet de se faire une idée générale des actes pouvant véhiculer l'infraction de terrorisme, et il ne présente pas les mêmes lacunes que son prédécesseur. Il en recèle cependant

⁹²⁴ Article 421-1 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi n° 92-686 du 22 juillet 1992, portant réforme des dispositions du code pénal, relatives à la répression des crimes et des délits contre la nation, l'État et la paix publique : « Constituent des actes de terrorisme, lorsqu'elles sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, les infractions suivantes : 1° Les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, l'enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport, définis par le livre II du présent code ; 2° Les vols, les extorsions, les destructions, dégradations et détériorations, ainsi que les infractions en matière d'informatique définis par le livre III du présent code ».

d'autres, à notre sens, notamment suite au choix de renvoyer à des Livres entiers du code pénal, qui n'a pas pour effet de rendre l'infraction plus lisible. Une double mention aux types d'infractions visées et aux numéros des articles s'y référant aurait permis à la présentation française de l'élément matériel d'être plus claire et très ou trop complète. Un amendement a pourtant été déposé en ce sens, mais il a été rejeté⁹²⁵. La formulation de l'article 421-1 du code pénal n'a, par la suite, pas évolué de manière significative. Les quelques ajouts effectués n'ont pas modifié la philosophie générale de ce dernier.

Si la précision est donc de rigueur – avec un effet positif à relativiser – elle ne saurait paraître suffisante pour délimiter strictement l'infraction de terrorisme. À force de vouloir améliorer cette précision, le législateur français, à l'instar de ses homologues espagnols et italiens, a largement dilué le concept de terrorisme et d'infractions *supports* pour finalement créer une notion relativement vaste⁹²⁶. Nous pensons, ici, aux récentes insertions, dans les codes pénaux espagnols et italiens, d'articles qualifiant d'actes de terrorisme « toute infraction » ou « les conduites » réalisées dans une finalité terroriste⁹²⁷.

Exceptée la décision du Conseil constitutionnel n° 96-377 DC, qui a permis au juge constitutionnel d'ébaucher une définition plus concise de l'infraction de terrorisme⁹²⁸, aucune autre décision n'est intervenue sur cette question délicate. Les limites de l'élément matériel n'ont donc pu être fixées et sa précision nouvellement examinée.

Tout aussi discutable que puisse être le raisonnement du juge constitutionnel français sur la précision de l'élément matériel, il paraît très fourni lorsqu'on le compare à celui consacré à l'élément finaliste du concept de terrorisme.

§ 2 – Le raisonnement laconique sur la précision de l'élément finaliste de la notion de terrorisme

Dans la même décision n° 86-213 DC, le Conseil constitutionnel était amené, par la saisine des sénateurs, à examiner l'ensemble de la formulation du nouvel article 706-16 du code de procédure pénale. Ce dernier soumettait en effet l'application de certaines infractions de droit commun à un régime procédural

⁹²⁵ Amendement formel présenté par Mme CATALA et rappelé par M. COLCOMBET dans le rapport pour l'Assemblée nationale, p. 97.

⁹²⁶ Cf. nos développements du Chapitre 1^{er} du Titre 1^{er} de la première Partie.

⁹²⁷ V. les articles 574 du code pénal espagnol et 270^{sexies} du code pénal italien.

⁹²⁸ Cf. nos développements du chapitre 1^{er} du Titre 1^{er} de cette Partie.

déroatoire, dès lors qu'il était avéré qu'elles étaient « en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ».

La finalité poursuivie par le délinquant était donc la seconde condition permettant l'application des règles particulières posées par la loi déferée. Après avoir évacué rapidement les doutes relatifs à la première condition, le Conseil constitutionnel s'est montré encore plus expéditif au regard de la seconde, en déclarant que cette dernière « est énoncée en des termes d'une précision suffisante pour qu'il n'y ait pas méconnaissance » du principe de la légalité des délits et des peines.

La formulation retenue par le juge constitutionnel laisse pensif. Elle donne véritablement l'impression que le juge conclut en hâte son raisonnement pour ne pas avoir à s'expliquer davantage, pour masquer une gêne trop évidente. Cette affirmation finit par être ressentie comme étant « péremptoire » et « étayée par aucune démonstration »⁹²⁹.

Ce sentiment est d'autant plus fort que le Conseil constitutionnel ne peut, ici, se retrancher derrière une vérité établie pour rejeter le grief des sénateurs, comme il a pu le faire pour déclarer la validité de la première condition. En effet, comme nous l'avons examiné en amont, le juge s'est entièrement appuyé sur la méthode du renvoi utilisée par le législateur pour formuler l'élément matériel du concept de terrorisme, pour fonder son raisonnement, ce qui lui a permis d'affirmer expressément que « la première condition fixée par la loi, qui renvoie à des infractions qui sont elles-mêmes définies par le code pénal ou par des lois spéciales en termes suffisamment clairs et précis, satisfait aux exigences du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines ».

Cohérent de prime abord, cet argument n'emportait pas automatiquement la conviction et faisait déjà ressortir le raisonnement du Conseil constitutionnel expéditif.

Face à la seconde condition, le juge constitutionnel n'a pas pu disposer d'un tel *argumentaire* pour soutenir son appréciation. Il va cependant se montrer tout aussi affirmatif, si bien que, lorsqu'on les juxtapose, l'affirmation de la validité de la première condition paraît étrangement motivée au regard de la pauvreté avec laquelle est exposée la validité de la seconde condition.

⁹²⁹ J.-P. MARGUENAUD, « La qualification pénale... », art. cit., p. 11.

Que le juge constitutionnel n'ait pas jugé bon de censurer le *poids* de l'élément finaliste sur la mise en œuvre des règles procédurales dérogatoires est, somme toute, légitime au vu de la formulation d'autres infractions pénales, qui accordent une large place à l'intention du délinquant pour qualifier les crimes et délits.

Il était, en revanche, essentiel qu'il se montre intransigeant quant au degré de précision de la rédaction de cet élément, afin que tout risque d'arbitraire soit évité et que le principe de légalité des délits et des peines soit respecté. Malheureusement, le Conseil n'a pas semblé se montrer si soucieux de la précision des termes utilisés par le législateur, ce que prouve la rapidité de sa formule.

Le raisonnement du Conseil constitutionnel dans cette décision tranche, en effet, avec sa jurisprudence passée en matière de légalité des délits et des peines. Il avait auparavant pris l'habitude d'expliquer pourquoi une loi devait être jugée suffisamment claire et précise. Ainsi, il a pu considérer que la précision pouvait être déduite « de ce que la loi reprenait des termes déjà employés dans le code pénal ou dans un autre texte législatif »⁹³⁰, ou « que le sens d'une disposition s'éclairait par la place qu'elle occupait dans un texte d'ensemble »⁹³¹. Du moins, les juges constitutionnels prenaient soin d'énoncer les termes contestés, ou considérés douteux, pour finalement en déduire qu'ils n'étaient ni obscurs, ni ambigus⁹³².

Or, la décision d'espèce du Conseil constitutionnel rompt littéralement avec cette démarche explicative puisqu'elle « n'a pas même esquissé cette dernière et rudimentaire justification »⁹³³.

En s'abstenant d'énumérer les termes qu'il juge suffisamment précis et en préférant une formule catégorique, le Conseil laisse place aux doutes quant à la réelle conformité de l'article 1^{er} de la loi au principe de légalité des délits et des peines.

⁹³⁰ Respectivement dans les décisions des 19 et 20 janvier 1981, à propos du terme « menacé », et n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, *in fine* à propos des expressions « dirigeants de droit ou de fait » et « qui n'auront pas fait toute diligence ».

⁹³¹ Au sujet de l'infraction de prête-nom dans la décision des 10 et 11 octobre 1984.

⁹³² Le Conseil constitutionnel a agi de la sorte pour les mots et expressions « détruit », « détérioré », « objets mobiliers », « biens immobiliers », « par quelque moyen que ce soit », dans la décision des 19 et 20 janvier 1981 et « personne », « entreprise de presse », « contrôle », dans celle des 10 et 11 octobre 1984.

⁹³³ J.-P. MARGUENAUD « La qualification pénale... », art. cit., p. 11.

Certains sont même allés jusqu'à s'interroger sur le fait de savoir si, en se prononçant de la sorte, le Conseil ne cherchait pas à dissimuler « une véritable dérogation au principe énoncé à l'article 8 de la DDHC »⁹³⁴, d'autant plus qu'une telle dérogation était aisément envisageable, notamment face à la recrudescence de ce fléau et à la place que ce dernier occupait dans la politique du Gouvernement depuis les dernières élections législatives de 1986.

En outre, la gravité de la situation justifiait que l'on tolère une certaine souplesse⁹³⁵ dans l'interprétation de la loi qui n'aurait, en aucun cas, équivalu à renier le principe de légalité. Ainsi, « quand le choc des faits rend intenable le strict respect d'un principe, quelle est la meilleure manière d'en sauvegarder l'essentiel : le diluer par une application à des hypothèses qui lui sont manifestement étrangères ou reconnaître qu'il doit recevoir exception dans certaines situations clairement et strictement délimitées ? »⁹³⁶.

Cette seconde option aurait eu un triple mérite. Admettre une exception était tout d'abord une voie intermédiaire entre la censure pure et dure d'une loi pour non-respect du principe de légalité, alors que l'on tente de résorber un véritable fléau mondial, et la validation de cette même loi dans des allures de non-dit et d'occultation de la réalité, qui conduit plus à une remise en cause du principe de légalité qu'à sa préservation. Admettre une exception aurait, ensuite, permis aux juges constitutionnels de maintenir les frontières de l'État de droit dans des limites connues, et surtout maîtrisées, sans pour autant faire le jeu des terroristes, qui n'attendent que l'abdication des principes démocratiques par les États mêmes qui les ont proclamés. L'exception, dans ce cas d'espèce, aurait été enfin bien perçue, puisque l'ordonnancement français connaît déjà des exceptions au principe de légalité⁹³⁷, et elle aurait été d'autant plus tolérée qu'elle aurait bénéficié du contexte sensible de la lutte contre le terrorisme. Fallait-il encore qu'elle soit ouvertement établie, mais c'est bien là que l'ambiguïté de la décision atteint son paroxysme.

Le Conseil constitutionnel ne laisse à aucun moment penser qu'il entend poser une exception au principe de légalité dans la décision. Si la rédaction laisse parfaitement transparaître l'embarras qu'il ressent dans cet examen, il ne s'engage pas, pour autant, sur le terrain de l'exception, si bien que même l'hypothèse de la dérogation implicite devient difficile à soutenir.

⁹³⁴ J.-P. MARGUENAUD « La qualification pénale... », art. cit., p. 12.

⁹³⁵ J.-P. MARGUENAUD parle lui d'une certaine « élasticité », *Ibid.*

⁹³⁶ *Ibid.*

⁹³⁷ *Ibid.* Cf. W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Paris, Ed. Montchrestien, 1988, n° 86, qui estime que le principe de légalité connaît, en France, « des dérogations souvent importantes qui en démontrent l'irrésistible déclin ».

J-P. Marguénaud justifie pourtant le choix du Conseil de manière convaincante en considérant que s'il avait opté pour une explication minimale de la clarté et de la précision des termes de la loi, il aurait sans difficulté admis que le terme *entreprise* était d'une précision suffisante étant donné qu'il figure dans d'autres textes législatifs et dans la formulation d'autres incriminations. À l'inverse, il lui aurait été beaucoup plus délicat de se montrer aussi affirmatif pour les termes *d'intimidation*, et surtout de *terreur*, « car c'eût été méconnaître une réalité invoquée à tout moment et sur tous les tons par le législateur, qui avait dû constater que la définition du terrorisme [était] "introuvable" »⁹³⁸. La reconnaissance d'un halo d'imprécision autour du terme *terrorisme*, de longue date, impliquait que celui de *terreur* ne puisse être formellement déclaré suffisamment précis, notamment par le Conseil constitutionnel. Ainsi, pour ne pas faire dans la demi-mesure, le juge a préféré se montrer lapidaire sur la totalité du raisonnement.

Pourtant, les termes mêmes employés pour présenter l'élément finaliste laissent à désirer au regard des exigences de clarté et de précision. Il est désormais de jurisprudence constante que le principe de légalité appelle « la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »⁹³⁹.

L'élément finaliste contient cependant un certain nombre de formules relativement vagues, telles que l'*entreprise*, les *troubles graves* à l'ordre public, ou encore l'*intimidation* et la *terreur*, qui n'ont pas manqué de soulever de vives perplexités⁹⁴⁰ et qu'il convient, ici, de retranscrire rapidement.

La première de ces formules, la notion d'*entreprise*, est sans doute celle qui pose le moins de difficulté. L'expression d'*entreprise individuelle ou collective* est une expression empruntée à l'ancien article 698, alinéa 2-c, du code de procédure pénale. Ce n'est donc pas une innovation⁹⁴¹ de la loi du 9 septembre 1986. Elle apparaît d'ailleurs dans d'autres articles du code pénal⁹⁴². La loi antiterroriste du 9 septembre 1986 se contente de reprendre l'expression, sans la définir davantage, au prétexte qu'elle est déjà connue du droit pénal. Certes, les juristes sont, par la

⁹³⁸ J-P. MARGUENAUD « La qualification pénale... », art. cit., p. 11.

⁹³⁹ *Cons. const.* n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, cons. n° 7.

⁹⁴⁰ Cet élément a été qualifié de flou et d'imprécis. Reynald OTTENTHOF estime qu'il s'agit d'infractions de droit commun se transformant au vu des circonstances en infractions terroristes, « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », *R.S.C.*, 1987, p. 612-613.

⁹⁴¹ Ce que le Garde des Sceaux a aisément reconnu lors de la discussion sur le projet de loi, *J.O., déb. Ass. nat.*, 27 juin 1986, p. 2521.

⁹⁴² V. les articles 84 et 405, tel que rédigés dans l'ancien code pénal, selon J-P. MARGUENAUD « La qualification pénale... », art. cit., p. 9.

force des choses, habitués à l'expression, mais aucun des textes la reprenant ne l'a pour l'instant précisé. On s'en remet alors aux définitions générales des dictionnaires, et la majeure partie de la doctrine ainsi que des juges s'en satisfont. Pourtant, à bien y regarder, le terme même *entreprise* est « à la vérité assez peu précis »⁹⁴³, et il aurait été légitime de s'interroger sur le rôle essentiel qui lui a été attribué dans la qualification des actes de terrorisme⁹⁴⁴.

En outre, dès les débats en assemblée, certains parlementaires ont souligné le risque que l'article 706-16 du code de procédure pénale soit détourné de sa fonction originelle par une interprétation large⁹⁴⁵. Il est toutefois admis que cette entreprise doit être à la fois « élaborée » et « préalable » à l'attentat pour éviter toute dérive, ce que certains conçoivent aisément, en admettant que l'expression implique une organisation, un plan d'action ou un dessein formé à l'avance⁹⁴⁶. Enfin, le nombre de participants importe peu puisque le texte précise que l'entreprise peut être aussi bien individuelle que collective.

Les choses se compliquent dès lors que l'on se penche sur la seconde expression « troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur », qui n'est, en fait, qu'une succession de mots vagues. On ressent ici, une nouvelle fois, l'influence de l'ancien article du code pénal relatif à la Cour de sûreté de l'État. Ce critère marque, en effet, l'exigence d'un mobile spécifique au terrorisme, puisqu'il se distingue – bien que construit sur le même principe – de la formulation de l'ancien article 698, alinéa 2-c, du code de procédure pénale, qui était la suivante : « substituer une autorité illégale à l'autorité de l'État. » Toutefois, ce n'est pas parce que l'expression connaît un précédent qu'elle en résulte plus claire et précise. Au contraire, « pouvait-on trouver formulation plus vague ? »⁹⁴⁷.

⁹⁴³ G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 19ème éd., 2005, p. 194.

⁹⁴⁴ J.-P. MARGUENAUD « La qualification pénale... », art. cit., p. 9.

⁹⁴⁵ Les députés Guy DUCOLONE (*J.O., déb. Ass. nat.* 25 juin 1986, p. 2430) et François ASENSI (*J.O., déb. Ass. nat.*, 27 juin 1986, p. 2524), pensaient que l'article 706-16 du code de procédure pénale aurait pu s'appliquer aux participants à des manifestations de revendications professionnelles ayant quelque peu dégénéré en actions violentes. Pour d'autres, en revanche, cette application n'est justement pas possible, grâce au concept même d'entreprise individuelle ou collective, « dans la mesure où, précisément, il n'y a pas eu entreprise élaborée et préalable à cette fin » (selon les propos du sénateur P. MASSON, *J.O. déb. Sénat*, 30 juillet 1986, p. 3403). J.-P. MARGUENAUD, qui retranscrit ces propos, estime que cette argumentation est tout à fait convaincante, même s'il admet que le temps et l'urgence peuvent aisément faire perdre de vue cette interprétation aux autorités chargées de la qualification (*Ibid.*).

⁹⁴⁶ Sur la nécessité d'une organisation et d'un certain professionnalisme : Civ. (1) 17 octobre 1995, Bull. civ. I n° 368. V. G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 194.

⁹⁴⁷ J.-P. MARGUENAUD « La qualification pénale... », art. cit., p. 10.

En décomposant l'expression, on peut certes trouver, en premier lieu, la notion de trouble à l'ordre public, qui n'est pas inconnue des juristes, notamment administratif, mais qui n'en demeure pas moins mal définie ⁹⁴⁸.

On trouve ensuite l'idée d'intimidation et de terreur, et c'est là que le flou s'intensifie, car ce sont « deux notions spécifiques qui n'avaient jamais figuré dans un texte répressif » ⁹⁴⁹. Et cela s'explique. L'intimidation est un concept qui dépend plus de la victime que de l'auteur ⁹⁵⁰. Elle représente finalement une insertion « étonnante [qui s'expliquerait par] un souci de recherche de l'élasticité propre à permettre l'adaptation la plus rapide aux développements d'un phénomène encore mal connu » ⁹⁵¹.

Le terme terreur est, quant à lui, encore plus difficile à définir, surtout parce qu'il est fortement lié à celui de *terrorisme*, et ce dernier est unanimement qualifié comme étant indéfinissable ⁹⁵². Il a parfois été avancé que l'action « en vue de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur » revenait à agir dans le but de créer « une peur collective de la population pour l'amener à céder ou inciter le Gouvernement à céder » ⁹⁵³. Cette notion visant à peser sur la politique d'un État est très proche de l'élément finaliste tel que formulé par la décision-cadre européenne du 13 juin 2002 et, à ce sujet, les commentateurs ont plusieurs fois souligné les dérives éventuelles qui pouvaient résulter d'une frontière si mince entre l'action politique et l'action terroriste. Car c'est tout de même de cela qu'il s'agit en premier lieu. Le terrorisme a toujours été proche des infractions politiques au regard des objectifs des auteurs, mais il s'en est continuellement détaché pour ne pas bénéficier de la clémence accordée aux dissidents politiques, notamment dans des pays à forte poussée totalitaire.

Même si la décision n° 86-213 DC se place dans « la droite ligne de la jurisprudence antérieure » ⁹⁵⁴ du Conseil qui, tout en vérifiant l'existence de tous les éléments constitutifs des infractions et l'absence d'ambiguïté dans leurs énoncés,

⁹⁴⁸ Du même avis, J. PRADEL, « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal (loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 », *D.*, 1987, p. 39-50 ; R. OTTENHOF, « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », *R.S.C.*, 1987, p. 607-619.

⁹⁴⁹ J.-P. MARGUENAUD, *Ibid.*

⁹⁵⁰ R. OTTENHOF, « Le droit pénal français à l'épreuve... », art. cit., § 10.

⁹⁵¹ J.-P. MARGUENAUD, *Ibid.*

⁹⁵² *Ibid.*

⁹⁵³ G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 194.

⁹⁵⁴ *C.C.* n° 80-127 du 19-20 janvier 1981, cons. 9 ; *C.C.* n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, cons. 20 ; *C.C.* n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, cons. 26. À noter que F. LOLOUM et P. NGUYEN HUU (« Le Conseil constitutionnel et les réformes... », art. cit., p. 567) n'adoptent pas la même position que J.-P. MARGUENAUD, qui considère que le Conseil constitutionnel n'agit pas à son habitude en délivrant « une affirmation péremptoire qui n'est étayée par aucune démonstration » (V. art. cit., p. 11 et les développements *supra*).

laisse aux juridictions compétentes le soin d'apprécier l'application à faire, dans les cas d'espèce, des définitions abstraites données par la loi ». ⁹⁵⁵ Ce renvoi, à notre sens, ne facilite en aucun cas la détermination du contenu de l'élément subjectif et fait reposer sur les juges ordinaires un lourd devoir ⁹⁵⁶.

Dans ce contexte, l'affirmation de la « précision suffisante » de la seconde condition posée par l'article 706-16 du code de procédure pénale – et non la démonstration – traduit un relâchement de la portée du contrôle de constitutionnalité, au regard de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Procédant ainsi à un contrôle formel et non matériel de ces incriminations, le Conseil admet que ce soit la gravité du résultat dommageable que les infractions terroristes engendrent qui est incriminée plus que les mobiles invoqués de ces infractions ⁹⁵⁷.

Toutefois, nul doute que l'unique ⁹⁵⁸ validation de la définition de l'infraction de terrorisme par le Conseil constitutionnel – dans une extraordinaire concision – aura incité le législateur à ne pas modifier en profondeur une définition déjà si difficile à formuler, et cet impact ne peut qu'être critiqué à ce stade de notre étude. On retrouve, toutefois, une attitude similaire chez nos voisins espagnols, même si le Tribunal constitutionnel a pris soin de se montrer plus explicite que le juge français.

Section 2 : Le raisonnement réaliste du juge constitutionnel espagnol

Dans la décision 89/1993, le juge constitutionnel espagnol a, lui aussi, été appelé à se prononcer sur la conformité de certains termes utilisés par le

⁹⁵⁵ F. LOLOUM et P. NGUYEN HUU, « Le Conseil constitutionnel et les réformes... », art. cit., p. 567.

⁹⁵⁶ Comme l'illustre parfaitement les décisions des juges ordinaires italiens durant l'année 2005, sur lesquelles nous reviendrons en détail dans la seconde partie de notre étude.

⁹⁵⁷ V. BÜCK, *L'influence des cours constitutionnelles sur la politique pénale – Étude comparée France-Espagne*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 257.

⁹⁵⁸ Le Conseil constitutionnel n'est, par la suite, jamais revenu sur cette appréciation et ne s'est plus prononcé sur la précision des éléments de la définition de l'infraction de terrorisme. Pourtant, les incertitudes entourant l'élément finaliste de l'infraction, ainsi que l'élément organique qui y est lié, sont nombreuses, beaucoup plus que celles relatives à l'élément matériel. Concernant l'élément matériel, on peut effectivement douter de la clarté de son champ d'application, mais cette confusion est essentiellement liée à la présentation de l'élément (notamment avec le système du renvoi), qui fait parfois craindre que des infractions très éloignées des activités terroristes puissent venir intégrer le champ des incriminations terroristes pour la simple poursuite d'une finalité particulière. Si l'on peut donc contester l'incohérence du contenu de l'élément matériel, c'est surtout sur l'élément finaliste que se concentrent les risques d'inconstitutionnalité les plus graves de par l'impact qu'il a sur le régime procédural applicable aux infractions de terrorisme.

législateur pour décrire les délits de terrorisme, au regard du principe de légalité tel qu'il est proclamé aux articles 25-1⁹⁵⁹, 1-1⁹⁶⁰, et 9-3⁹⁶¹, de la Constitution. À l'image de son homologue français, il n'a pas censuré les dispositions législatives qui lui étaient soumises pour non-respect du principe.

Au terme d'une longue motivation, le Tribunal constitutionnel espagnol a validé l'absence d'une définition précise du concept de terrorisme, en admettant qu'une marge d'appréciation pouvait être tolérée par le principe de légalité pénale, dès lors que cette zone d'imprécision n'impliquait pas le risque de décision arbitraire de la part des Juges et des Tribunaux appliquant les dispositions législatives contestées.

Si la tolérance d'une marge d'appréciation correspond à la jurisprudence constitutionnelle en matière de légalité pénale (A), son application au concept de terrorisme rend très générale la définition de ce dernier et des termes dérivés.

A. Le principe de légalité pénale tolère une marge d'imprécision

En vertu de l'article 25-1, de la Constitution, « nul ne peut être condamné [...] pour des actions ou des omissions qui, au moment où elles se produisent, ne constituent pas un délit [...] selon la législation en vigueur ».

Dans la décision 89/1993, le Tribunal constitutionnel a repris la portée du principe, afin de préciser qu'il découle d'une jurisprudence désormais établie, que le principe de légalité pénale suppose une double garantie qui réside, d'une part, dans l'exigence indispensable que l'action punitive de l'État s'exprime par la loi – et, il souligne, la loi *formelle* – et, d'autre part, dans la prédétermination normative nécessaire des conduites et des peines, à travers une classification précise dotée de la suffisante précision (*concrecion*) des conduites incorporées à la catégorie, impératifs qui peuvent se résumer sous la formule *lex scripta, praevia et certa*⁹⁶².

⁹⁵⁹ Article 25-1, de la Constitution espagnole : « Nul ne peut être condamné ou sanctionné pour des actions ou des omissions qui, lorsqu'elles se sont produites, ne constituaient pas un délit, une faute ou une infraction administrative, conformément à la législation en vigueur à ce moment-là. »

⁹⁶⁰ Article 1-1, de la Constitution espagnole : « L'Espagne se constitue en un État de droit social et démocratique, qui défend comme valeurs supérieures de son ordre juridique la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique. »

⁹⁶¹ Article 9-3, de la Constitution espagnole : « La Constitution garantit le principe de légalité, la hiérarchie et la publicité des normes, la non-rétroactivité des dispositions impliquant des sanctions qui ne favorisent pas ou qui restreignent des droits individuels, la sécurité juridique, la responsabilité des pouvoirs publics et l'interdiction de toute action arbitraire de leur part. »

⁹⁶² STC 89/1993 du 12 mars 1993, cons. en droit n° 2. Le Tribunal constitutionnel renvoie, sur ce point, aux décisions 133/1987, 150/1989 et 127/1990.

Ainsi, concernant la délimitation préalable de la conduite à réprimer, le principe de légalité pénale impose que « pour atteindre la finalité protectrice poursuivie par le droit pénal, le législateur doit fournir le plus grand effort dans la définition des catégories pour que la sécurité juridique puisse être sauvegardée ».

Pour le Tribunal constitutionnel, cela ne suppose toutefois pas que le principe de légalité sera enfreint si les définitions de certains concepts contiennent une « marge d'appréciation » ⁹⁶³.

L'élément essentiel réside donc dans le fait que le législateur pénal doit rédiger les dispositions « de manière à ce qu'il se dégage de celles-ci, avec la plus grande clarté possible, la conduite prohibée et l'action ordonnée » ⁹⁶⁴. Seules « les catégories formulées de manière si ouverte que leur application, ou leur non-application, dépend d'une décision quasiment libre et arbitraire, au sens strict du terme, de la parole des juges et des Tribunaux » ⁹⁶⁵ seront contraires à l'article 25-1, de la Constitution espagnole.

Le juge constitutionnel introduit ici son raisonnement pour répondre à la question de la constitutionnalité de la loi organique 3/1988 portant révision du code pénal, qui insérait de nouveaux articles dans ce code, tous relatifs à des délits en relation avec les activités de bandes armées ou d'éléments terroristes ou rebelles ⁹⁶⁶.

Sur les huit nouveaux articles prévus par la loi, sept étaient visés par le recours en inconstitutionnalité, au motif qu'ils évoquaient les notions *d'éléments terroristes* ou *d'organisations terroristes*, alors que ces termes n'avaient pas reçu, au préalable, une définition de la part du législateur. Le Parlement basque saisissait donc le Tribunal constitutionnel pour demander l'annulation de la loi organique, au motif que l'utilisation de ces expressions par le législateur pénal, en l'absence d'un concept de terrorisme, portait atteinte au principe de légalité et de typicité, et que cette absence de définition légale du terrorisme – qui représentait pour les requérants une *faute* de la part du législateur pénal – conférait un pouvoir

⁹⁶³ V. *STC* 89/1993, considérant en droit n° 2 et *STC* 62/1982, considérant en droit n° 7 c).

⁹⁶⁴ V. *STC* 159/1986, cons. en droit n° 4, à propos d'un cas d'apologie de terrorisme.

⁹⁶⁵ *STC* 89/1993, considérant en droit n° 2 et *STC* 105/1988, considérant en droit n° 2.

⁹⁶⁶ La loi organique 3/1988 du 25 mai dérogeait à la Loi organique 9/1984 du 26 décembre, relative aux bandes armées et éléments terroristes, qui avait fait l'objet de la *STC* 199/1987. Elle s'inscrivait dans le cadre d'une révision générale des dispositifs répressifs en matière de criminalité et complétait la loi organique 4/1988, du 25 mai également, portant révision du code de procédure pénale espagnol.

arbitraire aux juges et aux tribunaux, dès lors que ces derniers devaient interpréter et appliquer les dispositions pénales introduites par la loi déferée ⁹⁶⁷.

Une question similaire avait déjà été posée au juge constitutionnel espagnol, par le Parlement basque, au sujet de la loi organique 11/1980 du 1^{er} décembre, portant sur les hypothèses d'application de l'article 55-2 de la Constitution espagnole.

Au sens du requérant, l'article 1^{er} de la loi organique ⁹⁶⁸ était techniquement « malheureux » et amplifiait l'horizon des poursuites pénales vers des hypothèses qui n'étaient pas prévues dans le code pénal. Il définissait en effet le champ d'application de la loi organique en le rendant dépendant de termes tels que *éléments terroristes* ou *sécurité des citoyens*, qui n'étaient pas définis de manière suffisante, laissant ainsi place à une ambiguïté dans l'application de la loi. Les principes de sécurité juridique et l'interdiction de procédés arbitraires de la part des pouvoirs publics, proclamés aux articles 9-3, 10-1, et 53-1, de la Constitution espagnole, étaient méconnus ⁹⁶⁹.

La loi organique 11/1980 était la première loi antiterroriste adoptée sous l'égide de la nouvelle Constitution et sa soumission au juge constitutionnel espagnol entraînait ce dernier, également pour la première fois, sur le terrain de la législation sur le terrorisme. La résolution du conflit de constitutionnalité aurait pu mettre le *jeune* Tribunal constitutionnel dans l'embarras s'il avait dû se prononcer sur le fond de cette question bien délicate. Or, il n'en eut pas l'occasion en limitant son examen à la question de la légitimité du Parlement basque de former un recours en inconstitutionnalité à l'encontre de la loi organique 11/1980. La faculté, pour les organes des Communautés autonomes, de saisir le Tribunal constitutionnel ne bénéficiait pas encore d'une large pratique. À l'issue d'un examen approfondi, le juge constitutionnel a pu ne pas admettre la légitimité du Parlement basque à agir et évacuer, de la sorte, la question de la

⁹⁶⁷ *STC* 89/1993, cons. en fait n° 1, cons. en droit n° 2. Le Tribunal constitutionnel résume le grief des requérants ainsi : « Attendu que le législateur a omis de fournir une définition de l'expression "terrorisme", les règles générales, telles que celles déferées à l'examen du tribunal, qui utilisent cette notion, créent l'incertitude autour de la conduite à réprimer ou, ce qui revient au même, privent le juge pénal de tout critère certain pour l'application de ces mêmes normes, et font disparaître la sécurité et la prévisibilité face à la réaction pénale qui est inhérente au droit punitif. »

⁹⁶⁸ Article 1-1 de la loi : « Aux effets prévus à l'article 55-2 de la Constitution, il sera inclus que les personnes dont les droits fondamentaux peuvent être suspendus, dans les hypothèses et dans la mesure déterminées par la présente loi, sont celles qui, présumées appartenir ou être en relation avec des *éléments terroristes*, avec des bandes armées qui menacent gravement la *sécurité des citoyens*, projettent, organisent, exécutent, coopèrent ou incitent de manière directe, la réalisation des actions qui sont spécifiées au paragraphe suivant, ainsi qu'aux personnes qui, une fois ces mêmes actions projetées, tentées ou commises, en feront l'apologie publique ou en dissimuleront les complices. » C'est nous qui soulignons.

⁹⁶⁹ *STC* 25/1981, cons. en fait n°3.

précision des termes *éléments terroristes* et *sécurité des citoyens*⁹⁷⁰. L'argumentation de la décision n'a pas emporté la conviction, si bien que la décision 25/1981 a été suivie d'une opinion dissidente de la part de cinq juges, qui estimaient que la légitimité du Parlement basque ne faisait aucun doute.

En 1993, la légitimité du Parlement basque à agir contre la loi organique 3/1988 n'a pas soulevé d'opposition, si bien que le Tribunal constitutionnel a pu trancher la question de savoir si le principe de légalité pénale, de l'article 25-1, de la Constitution⁹⁷¹, pouvait « s'accommoder » de l'emploi des expressions *éléments terroristes* et *organisations terroristes* dans les dispositions pénales introduites par la loi organique déférée.

Le Tribunal constitutionnel a opté pour une lecture à la fois souple et réaliste du principe de légalité pénale en constatant qu'une définition *parfaite* des infractions ne pouvant exister, on ne pouvait exiger du législateur qu'une attention *particulière* dans le processus de rédaction des infractions, qui doit aboutir à mettre en évidence le comportement que la société vise à interdire et qui ne doit pas donner aux Juges et aux Tribunaux, une marge d'interprétation trop importante.

Il suit, en ce sens, sa ligne jurisprudentielle et les conclusions de l'Avocat de l'État, même s'il n'en reprend pas exactement les termes.

⁹⁷⁰ La faculté pour les Communautés autonomes de saisir le Tribunal constitutionnel est évidemment reconnue par la Constitution et par la LOTC, mais le Parlement basque, en l'espèce, fondait sa légitimité à agir sur le fait que la loi étatique affectait son domaine d'autonomie, en vertu de l'article 32, alinéa 2 de la LOTC (voir considérant en fait n° 2). L'Avocat de l'État n'avait pas manqué de souligner l'incohérence de ce fondement (considérant en fait n° 7). Le Tribunal constitutionnel a finalement conclu à l'absence de lien entre la LO 11/1980 et le domaine d'autonomie de la Communauté autonome basque, après avoir toutefois pris le soin d'analyser les possibles liens sous plusieurs facettes (cons. en droit n° 4 et s.).

⁹⁷¹ Le Tribunal constitutionnel dans le cons. en droit n° 1 de la *STC* 89/1993, explique en quoi les articles 1-1, 9-3 et 25-1 de la Constitution sont liés, et pourquoi son raisonnement se concentrera sur le dernier de ces articles. Le juge constitutionnel espagnol estime que l'article 25-1 de la Constitution renferme le principe de légalité pénale susceptible d'être méconnu par la loi déférée : « La représentation du Parlement basque fonde son recours sur le principe de légalité pénale (dans la saisine parfois, de "typicité") qui est énoncé à l'article 25-1 de la Norme fondamentale. Cette disposition se joint aux articles 1-1 et 9-3 de la Constitution, même si ces dispositions ne sont pas toujours précisées dans le recours. De l'ensemble de ce qui est exposé dans la requête, il convient de déduire que l'invocation de l'article 1-1 de la Constitution fait allusion à l'identification de notre État en tant qu'État de droit et que la référence à l'article 9-3 de la même Constitution paraît faite au principe de légalité tel qu'énoncé dans cet article (et peut-être aussi, comme le souligne l'Avocat de l'État, au principe de sécurité juridique et d'interdiction de toute action arbitraire de la part des pouvoirs publics). Il est donc évident que ces références aux articles 1-1 et 9-3 sont, dans l'économie de la demande, répétitives au regard de citation fondamentale du principe de légalité (article 25-1), principe dans lequel est exprimé un des fondements essentiels de l'État de droit et dans lequel sont intégrées aussi – concernant le droit répressif – les exigences énoncées à l'article 9-3 de la Constitution (légalité, sécurité juridique, non rétroactivité et interdiction des actions arbitraires de la part des pouvoirs publics) (*STC* 133/1987, cons. en droit n° 3). »

Ce dernier a parfaitement exposé l'idée selon laquelle les lois sont des « œuvres humaines ». Ce que le recours soulève en l'espèce, au regard des concepts *d'éléments terroristes* et *d'organisations terroristes*, aurait pu être fait au regard d'autres expressions utilisées par le droit pénal car, selon lui, l'ambiguïté disparaît avec « le langage officiel »⁹⁷².

Or, « les lois utilisent le “langage naturel” pour des raisons diverses, puissantes et évidentes. De fait, « les lois, en tant qu'œuvres humaines, contiennent nécessairement une dose d'ambiguïté et d'imprécision si bien que le problème qui se pose est un “problème de limites” ».

Pour l'Avocat de l'État, il est évident que « l'article 25-1 de la Constitution espagnole n'interdit pas l'ambiguïté ou l'imprécision mais un “excès” d'ambiguïté et d'imprécision »⁹⁷³. C'est donc dans la mise en œuvre de cette marge d'appréciation que le législateur pourra éventuellement porter atteinte au principe de légalité et adopter une disposition inconstitutionnelle.

Le juge constitutionnel espagnol souligne, enfin, que la précision des expressions au regard du principe de typicité doit aussi pouvoir être appréciée par rapport au « contexte légal et jurisprudentiel »⁹⁷⁴, dans lequel la disposition pénale s'inscrit, puisqu'elle ne peut être considérée « isolément et sans aucun critère de détermination »⁹⁷⁵.

C'est dans cet esprit que le Tribunal constitutionnel aborde la question de savoir si le principe de légalité « s'accommode », pour reprendre le terme employé par le juge lui-même, des expressions *éléments terroristes* ou *organisations terroristes*, et que son analyse devient globale.

B. La notion de terrorisme exige une marge d'imprécision

Pour démontrer en quoi les expressions *éléments terroristes* et *organisations terroristes* employées par le législateur, n'étaient ni *trop* ambiguës ni *trop* imprécises, le Tribunal constitutionnel est tout d'abord revenu sur le devoir qui incombait au législateur quant à l'obligation de définir les infractions pénales. Il a ensuite démontré en quoi ces expressions étaient ancrées dans la culture juridique espagnole.

⁹⁷² Cf. les observations de l'Avocat de l'État au cons. en fait n° 5, STC 89/1993.

⁹⁷³ STC 89/1993, cons. en fait n° 5, b).

⁹⁷⁴ Cf. STC 133/1987, cons. en droit n° 6.

⁹⁷⁵ STC 89/1993, cons. en fait n° 5.

Dans son dernier considérant, le Tribunal constitutionnel affirme clairement qu'il ne pèse *aucune obligation constitutionnelle* sur le législateur de fournir des définitions spécifiques à tous les termes qui intègrent la description d'une catégorie pénale. En effet, « une telle tâche de définition se révélerait indispensable seulement si le législateur utilisait des expressions qui ne seraient pas issues de notre propre culture juridique et manqueraient alors de toute virtualité significative et présenteraient, pour la même raison, une indétermination sur la conduite définies au travers de ces expressions »⁹⁷⁶.

Cet argument reprend l'un de ceux avancés par l'Avocat de l'État, qui affirmait que l'on ne pouvait déduire de la Constitution, « un devoir du législateur de donner des définitions légales et, en l'espèce, de définir le terrorisme. Le législateur est libre de donner ou de ne pas donner de définitions légales. Lorsqu'il le fait⁹⁷⁷, il agit ainsi pour diminuer le champ sémantique naturel et éliminer les diverses significations du *definiendum*. S'il ne donne pas de définition, il délègue simplement aux organes chargés d'appliquer le Droit, la détermination progressive du concept au cas par cas, ce que n'interdit pas la Constitution, étant donné qu'il s'agit d'une activité comprise dans la fonction de juger (art. 117-3 CE) »⁹⁷⁸.

Et c'est sur ce postulat que le Tribunal constitutionnel va fonder trois arguments pour rejeter le grief d'inconstitutionnalité.

Ainsi, il expose, en premier lieu, que la Constitution s'est elle-même servie dans deux de ses dispositions⁹⁷⁹, d'expressions qui ressemblent à celles contestées en l'espèce par le Parlement basque⁹⁸⁰. Il admet que cet état de fait n'empêche pas la loi pénale de remplir son devoir de définition, mais qu'il oblige à convenir que ces expressions bénéficient d'un *passé* constitutionnel et renvoient à des

⁹⁷⁶ *STC* 89/1993, cons. en droit n° 3.

⁹⁷⁷ Il est intéressant de souligner que le Tribunal constitutionnel emploie le verbe « offrir » dans cette phrase. La citation exacte serait donc « lorsqu'il les offre ». Cependant, il nous semble plus juste d'utiliser le verbe faire dans le sens d'agir en donnant une définition.

⁹⁷⁸ *STC* 89/1993, cons. en fait n° 5.

⁹⁷⁹ Le Tribunal constitutionnel cite les articles 55-2 et 13-3 de la Constitution espagnole. Ce dernier prévoit que « l'extradition ne sera accordée qu'en application d'un traité ou d'une loi, conformément au principe de réciprocité. Les délits politiques sont exclus de l'extradition, les actes de terrorisme ne sont pas considérés comme tels ».

⁹⁸⁰ Cet argument avait déjà été avancé par l'Avocat de l'État pour contester le recours en inconstitutionnalité formé par le Parlement basque contre la LO 11/1980, et qui va donner lieu à la décision 25/1981. Dans le considérant en fait n° 2, le Tribunal constitutionnel retranscrit l'argument comme suit : « Les termes “bandes armées” et “éléments terroristes” sont ceux qu'utilise notre Constitution (art. 55-2) et la loi déférée se limite, en principe, à les reproduire, en fonction des besoins des enquêtes, lorsqu'il existe un grave danger pour la sécurité des citoyens ».

réalités qui étaient malheureusement présentes au moment des débats constitutants, et qui le sont encore en 1993.

Le juge estime alors que, ces réalités ayant été prises en compte par la norme suprême de l'ordonnancement espagnol, elles ne peuvent être considérées « indiscernables et radicalement indéterminées ».

Aussi, le Tribunal constitutionnel rappelle qu'il s'est déjà prononcé sur l'interprétation « et par conséquent [sur] la précision, de ces concepts », dans la décision 199/1987⁹⁸¹. Son analyse doit donc être prise en compte au regard de l'autorité dont bénéficient ses décisions auprès de l'ensemble des organes juridictionnels pénaux devant appliquer des normes telles que celle qui est mise en cause en l'espèce.

L'Avocat de l'État observait justement que la décision 199/1987 précisait que les notions de *bandes armées* et *éléments terroristes* avaient été employées par le constituant pour circonscrire l'habilitation faite au législateur, dans le cadre de l'article 55-2 de la Constitution, et n'avait pas considéré que la notion de *terrorisme* ou *terroriste* était excessivement ambiguë au point de violer l'article 25-1 de la Constitution. Ce rappel de jurisprudence permettait à l'Avocat de l'État de poser comme une évidence le fait que malgré une certaine indétermination du concept en tant que tel, « la STC 199/1987 [...] et la jurisprudence pénale à laquelle cette dernière renvoie, créent un contexte jurisprudentiel qui, conformément à la doctrine des STC 133/1987 et 105/1988, éliminent dès l'origine tout reproche d'excès d'ambiguïté ou d'imprécision des notions “éléments terroristes” et “organisations terroristes” ».

Avant de rejoindre la conclusion de l'Avocat de l'État, le Tribunal constitutionnel revient, un temps, sur le contexte légal et jurisprudentiel.

Ainsi, en second lieu, le Tribunal constitutionnel rappelle que les expressions *organisations terroristes* ou *éléments terroristes* n'ont pas été introduites *ex novo* dans l'ordonnancement par la loi déferée. En effet, l'expression *organisations terroristes* était déjà présente dans l'article 1^{er} de la loi organique 11/1980⁹⁸², et la référence aux organisations terroristes apparaît, quant à elle, dans plusieurs articles de la loi organique 9/1984⁹⁸³. Ces deux textes, comme celui déferé en l'espèce, ont déjà fait l'objet d'interprétation et d'application par les tribunaux pénaux, qui ont donc pu délimiter de manière suffisamment claire et précise, les

⁹⁸¹ STC 199/1987, cons. en droit n° 2 et 4.

⁹⁸² Et elle avait fait l'objet d'un des griefs du recours en inconstitutionnalité formé par le Parlement basque et qui avait donné lieu à la décision 25/1981. V. *supra*.

⁹⁸³ Notamment aux articles. 2.1, 7.1 et 8.1 du texte, qui a été l'objet de la décision 199/1987.

notions utilisées par le législateur et, parmi elles, celles employées par la loi organique 3/1988⁹⁸⁴. Cette jurisprudence a notamment fait ressortir les caractéristiques de la délinquance terroriste, « tant sur son rapport avec la criminalité organisée que sur les moyens employés et les finalités poursuivies »⁹⁸⁵.

Le raisonnement du juge constitutionnel rejoint, encore une fois, les observations de l'Avocat de l'État, qui soutenait que « selon une jurisprudence consolidée du Tribunal constitutionnel, le Gouvernement et les autorités administratives et leurs agents sont soumis aux décisions des Juges et des Tribunaux. Dès lors, ils sont assujettis à l'interprétation jurisprudentielle des concepts *éléments terroristes* et *organisations terroristes* »⁹⁸⁶. Cela revenait à affirmer que les expressions d'organisations terroristes et d'éléments terroristes devraient donc être lues au travers des décisions jurisprudentielles et selon leur ancrage dans la culture juridique espagnole.

Enfin, le Tribunal constitutionnel estime nécessaire de rappeler, comme l'y invitait l'Avocat de l'État⁹⁸⁷, que les notions liées au terrorisme peuvent être définies avec l'aide des instruments internationaux, notamment la Convention européenne pour la répression du terrorisme du 27 janvier 1977, qui, à son sens, établissent des critères objectifs pour la détermination du concept de terrorisme⁹⁸⁸. Ainsi, il poursuit sur le constat que « la criminalité terroriste pose un défi à l'essence même de l'État de droit et, pour reprendre les mots de la Cour européenne des droits de l'Homme, un risque spécial de souffrance et de perte de vies humaines qui a imposé des ajustements spécifiques dans chaque ordonnancement, qui contribuent également à apporter des critères de définition »⁹⁸⁹.

Pour l'ensemble de ses motifs, le Tribunal constitutionnel rejette le recours formé par le Parlement basque contre la loi organique 3/1988, car, à son

⁹⁸⁴ Précisons que le recours du Parlement basque a été enregistré le 12 septembre 1988, alors que la décision n'est rendue qu'en mars 1993.

⁹⁸⁵ *STC* 89/1993, cons. en droit n° 5.

⁹⁸⁶ *STC* 89/1993, cons. en fait n° 5, b).

⁹⁸⁷ Là encore, l'argument apparaît au considérant en fait n° 2 de la décision 25/1981, tel qu'il a été soutenu par l'Avocat de l'État en l'espèce.

⁹⁸⁸ Le Tribunal constitutionnel, comme il le souligne dans la décision que nous commentons, s'était déjà appuyé sur les textes internationaux et, plus précisément, la Convention conclue dans le cadre du Conseil de l'Europe, dans sa décision 199/1987 (considérant en droit n° 5) pour les mêmes motifs.

⁹⁸⁹ Le Tribunal constitutionnel cite la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Fox, Campbell et Hartley*, du 30 août 1990 (§32). Cf. *STC* 89/1993, cons. en droit n° 3.

sens, le législateur n'avait pas dépassé le seuil d'imprécision ou d'ambiguïté au-delà duquel il aurait été contraint de censurer les dispositions législatives.

Il réunit, ici, les deux piliers de son raisonnement, à savoir que, malgré l'absence de définition des expressions *organisations terroristes* et *éléments terroristes* – il admet expressément que « la loi organique 3/1988 n'a *évidemment* pas défini »⁹⁹⁰ ces expressions – le principe de légalité n'est pas méconnu, et qu'elles s'insèrent dans la culture juridique espagnole, autrement dit « dans un ordonnancement qui fournit des données suffisantes pour déterminer de manière claire et précise ces notions, de sorte à satisfaire les exigences du principe de légalité pénale ».

Il était évident qu'il ne revenait pas au juge constitutionnel espagnol, dans cette décision, de définir quel était le sens légal des expressions contestées par le Parlement basque (cons. en droit n° 2). Son contrôle se limitait à examiner si ces expressions étaient ou non contraires aux exigences du principe de typicité, corollaire du principe de légalité pénale.

La décision du Tribunal constitutionnel est une illustration parfaite de la conjonction entre un principe qui tolère une marge d'imprécision et l'insertion du terrorisme dans la vie juridique de l'Espagne, qui entraîne une approche à la fois réaliste et tolérante de la part du juge constitutionnel.

Alors effectivement, comme l'a précisé l'Avocat de l'État dans son argumentaire, « éléments terroristes » et « organisations terroristes » sont des concepts qui présentent des zones d'ombre ou des marges d'indétermination, exactement identiques à d'autres qui figurent dans le code pénal ». Mais est-ce parce que d'autres concepts sont imprécis qu'il faut tolérer de nouveaux concepts imprécis ? De même, lorsqu'il soutient que ces mêmes concepts « possèdent un noyau ou une sphère de certitude : personne ne niera la pertinence de qualifier comme “organisation terroriste”, par exemple, la bande armée ETA », la souplesse de l'analyse peut effrayer, car le problème n'est pas de savoir si une organisation aussi ancienne et connue que l'ETA est une organisation terroriste – car effectivement, cela ne fait aucun doute – mais plutôt de savoir si de nouvelles structures émergentes et plus discrètes le sont, à l'image du groupe de Tarnac et de son soi-disant leader Julien Coupat⁹⁹¹. Certes, l'Avocat de l'État insiste encore

⁹⁹⁰ STC 89/1993, cons. en droit n° 5. C'est nous qui soulignons.

⁹⁹¹ La controverse autour de la qualification terroriste de l'activité – supposée – de ce groupe est très vive depuis la mise en examen et l'incarcération préventive de la plupart des membres, suite au sabotage de caténaires. La matérialité des preuves et la qualification terroriste des faits ont fait l'objet de nombreuses critiques dans différents milieux, aussi bien juridique, qu'universitaire et policier. Ainsi, comme l'écrit GIORGIO AGEMBEN, « on cherche le terrorisme et on finit par le construire, tout ça pour répandre la peur chez les jeunes gens », in « Les neuf de Tarnac », *Le Monde*, 20 novembre 2008.

en estimant que même dans les cas, très rares, où l'on pourrait douter du fait de savoir si ce sont des *organisations* ou des *éléments* terroristes, l'imprécision sera rapidement levée grâce aux schémas de l'argumentation juridique accompagnés de l'utilisation des données concrètes du cas d'espèce. C'est ainsi, selon lui, que se juxtaposent les précédents, et que se forme la jurisprudence réduisant ainsi l'indétermination. Cela représenterait la philosophie et non la pathologie de l'interprétation et de l'application du droit. Mais est-il si utile de préciser que les cas d'application de la législation antiterroriste sont graves, aussi bien lorsque les menaces sont fondées que lorsqu'elle est appliquée à des personnes innocentes ?

Aussi, pour conclure, nous serions tentés de reprendre les mots du Parlement basque qui contestait la LO 3/1988, car il lui semblait que, selon la logique du texte, « on ne peut que déduire que le terrorisme est ce que font les terroristes, que les terroristes sont ceux qui sont intégrés dans des groupes ou des organisations terroristes, que les organisations terroristes sont celles composées par les terroristes. Peut-être qu'avec un certain scepticisme, nous pourrions convenir que toute définition est, par nature, un tant soit peu tautologique, mais la pauvreté conceptuelle de l'ensemble des articles qui composent la LO 3/1988 est loin de constituer une définition et, naturellement, cela est inacceptable en tant que catégorie pénale. Toutes ces questions sont soulevées depuis plus d'un siècle par les auteurs et sont celles que le juge pénal peut et doit se poser. La LO 3/1988 laisse, pour la première fois dans l'histoire de notre code pénal, notre ordonnancement juridique orphelin d'une catégorie pénale de terrorisme, alors que, paradoxalement, elle prévoit des peines. Une telle attitude doit être sanctionnée par la déclaration de nullité absolue de la LO déférée pour infraction à la Constitution »⁹⁹².

C'est en ce sens que le Tribunal constitutionnel fait preuve de réalisme dans sa décision en reconnaissant au principe de légalité les limites qui sont les siennes. Ce principe ne peut en effet tout résoudre et tout protéger. Il faut bien qu'une marge de manœuvre lui soit tolérée, au risque de devoir censurer la majorité des infractions pénales. Cette remarque dépasse d'ailleurs, très largement, les strictes frontières du territoire espagnol, pour s'appliquer à une grande partie des pays européens et, notamment, la France et l'Italie. Et l'on ne saurait, ici, critiquer la franchise du juge espagnol – qui tranche avec l'opacité de la décision française – en affirmant si clairement le contenu du principe de légalité.

⁹⁹² STC 89/1993, cons. en droit n° 1, d).

En revanche, l'analyse du seuil d'ambiguïté ou d'imprécision des termes contestée et leur insertion dans un champ plus vaste leur permettant de recevoir un semblant de définition est beaucoup plus contestable. Le Tribunal semble se satisfaire de son argumentation mais, à notre avis, elle ne résout rien.

Sous prétexte que le terme *terrorisme* a fait l'objet de développements dans la STC 199/1987 et de diverses mentions dans plusieurs lois organiques, le Tribunal constitutionnel, suivant en ce sens l'Avocat de l'État, conclut que l'excès d'ambiguïté ou d'imprécision est éliminé. Or, cette argumentation ressemble plus à un jeu de passe-passe, dans lequel le juge chercherait à justifier l'existence et, *a fortiori* la précision, d'un terme par son existence préalable. La prise en compte du terrorisme dans les travaux constitutants facilite énormément le raisonnement du Tribunal constitutionnel. Comme nous l'avons constaté à plusieurs reprises, le juge aime à se retrancher derrière la pensée constituante pour évincer un certain nombre de questions polémiques, comme il le fait sur la question de la précision des termes.

Certes, le juge reconnaît que la présence du terme *terrorisme* dans la Constitution et dans les lois antérieures ne justifie pas l'absence de définition claire et précise, mais il aurait dû aller plus loin en admettant que cette présence ancienne n'équivalait pas à une *bonne* connaissance du phénomène, c'est-à-dire à une bonne délimitation de sa sphère d'action.

On voit là les limites du raisonnement, comme dans la décision du Conseil constitutionnel français. En se reposant sur l'existant, il est facile d'admettre que le terrorisme est ce qu'il a toujours été.

Conclusion Chapitre 1^{er}

À travers le contrôle de la notion de terrorisme au regard du principe de légalité, les juges constitutionnels parviennent à garantir un contrôle efficace en s'assurant que, *globalement*, la définition législative de la notion est conforme au principe de légalité.

La globalisation du contrôle permet, en l'occurrence, au Conseil constitutionnel de tarir les doutes qui ont immédiatement entouré la première rédaction de l'article 706-16 du code de procédure pénale. En effet, dès les débats parlementaires, l'imprécision de la formule a été mise en avant, si bien que les rédacteurs de la loi de 1986 ont sciemment pris le risque « de faire prévaloir l'efficacité de la lutte contre le terrorisme sur le strict respect du principe de la légalité des délits et des peines »⁹⁹³. Le Garde des sceaux est allé jusqu'à admettre qu'il fallait « procéder dans ce domaine par approximation... »⁹⁹⁴.

Par ailleurs, le renvoi opéré par le législateur aux tribunaux pour dissiper les imprécisions de la rédaction de l'infraction de terrorisme ne peut être considéré comme une solution adaptée⁹⁹⁵. Ainsi, bien que le Conseil constitutionnel « laisse aux juridictions compétentes le soin d'apprécier l'application à faire, dans les cas d'espèce, des définitions abstraites données par la loi ».⁹⁹⁶ Ce renvoi ne facilite, en aucun cas, la détermination du contenu de l'élément subjectif notamment, et fait reposer sur les juges ordinaires un lourd devoir.

Un tel relâchement du contrôle interroge cependant sur son évolution. La définition du terrorisme conditionne l'application de mesures dérogatoires aux droits fondamentaux. Elle se doit, en conséquence, d'être la plus lisible possible, afin d'éviter toute application injustifiée de règles plus sévères. En outre, la définition de l'infraction de terrorisme a connu une réelle extension au fil des années de lutte. La décision du Conseil constitutionnel de 1986 et celle du

⁹⁹³ J.-P. MARGUENAUD, « La qualification pénale... », art. cit., p. 8.

⁹⁹⁴ J.-P. MARGUENAUD cite, ici, un extrait du *J.O. déb. Ass. nat.* 26 juin 1986, p. 2510, Le professeur estime d'ailleurs que l'imprécision du critère subjectif procède d'un calcul de la part des parlementaires, qui étaient donc conscients de l'aléa de la formulation mais qui ont pris le risque de la faire entrer en vigueur face à l'urgence de la situation. Ainsi, il compare l'imprécision calculée de l'élément finaliste à la « précision improvisée » de l'élément objectif de la définition. (V. « La qualification pénale... », art. cit., p. 5 et 8).

⁹⁹⁵ J.-P. MARGUENAUD cite les interventions de M. LIMOUZY, *J.O. déb. Ass. nat.* 25 juin 1986, p. 2414 et M. Peyrat, *J.O., déb. Ass. nat.*, 27 juin 1986, p. 2519, ayant déclaré : « S'agissant des crimes de terrorisme, les tribunaux judiciaires pourront, en temps utile, faire les interprétations qui s'imposent. » (V. « La qualification pénale... », art. cit., p. 8).

⁹⁹⁶ F. LOLOUM et P. NGUYEN HUU, « Le Conseil constitutionnel et les réformes... », art. cit., p. 567.

Tribunal constitutionnel de 1993 semblent alors bien lointaines pour nous assurer, qu'aujourd'hui, la définition de l'infraction respecte le principe de légalité.

Le Conseil constitutionnel s'est prononcé, sur ce point précis, dans la décision n° 96-377 DC, dans des termes très intéressants, même si succincts, qui offraient des pistes pour une lecture du contenu de l'infraction *conforme* aux principes constitutionnels.

Or, depuis, aucune juridiction constitutionnelle n'a examiné l'infraction de terrorisme. Cette absence de position soulève d'autres questions au regard de l'efficacité du contrôle de constitutionnalité et de la saisine des juridictions, sur lesquelles nous reviendrons.

Il faut néanmoins raisonner en prenant en compte que l'examen de l'infraction de terrorisme, au regard du principe de légalité, s'il venait à être développé aujourd'hui, ne serait peut-être pas si différent de celui que nous venons d'étudier, car c'est l'ensemble du contrôle de constitutionnalité des lois antiterroristes qui semble connaître une forme de relâchement.

Chapitre 2 :

L'altération de l'équilibre entre l'ordre et la liberté

Quelques décisions invitent à réfléchir sur le degré de la contrainte de constitutionnalité que le juge constitutionnel fait peser sur la législation antiterroriste. En effet, par certains aspects, ces décisions mettent en avant une forme de relâchement du contrôle de constitutionnalité, sur l'initiative du juge constitutionnel.

Cette opération serait un moyen, pour le juge constitutionnel, d'assurer son office malgré un objet de plus en plus pesant sur l'étendue du contrôle.

Le juge constitutionnel développe, en effet, une œuvre de traduction juridique d'une décision politique, spécialement dans le cadre du contrôle abstrait des lois. En matière de terrorisme, la légitimité de la lutte confère une certaine solennité au contrôle.

Ainsi, le juge constitutionnel a eu à connaître, dans une première période, des lois antiterroristes qui mettaient en place la lutte contre le phénomène en instaurant des règles spécifiques. Les premières décisions de chaque juridiction constitutionnelle se sont donc attelées à examiner le socle de la réponse étatique en la matière. Le terrorisme y était traité comme un problème atypique, engendrant une réponse particulière des États, et le juge constitutionnel a scindé ses décisions entre une réception des obligations qui s'imposaient aux législateurs et une préservation effective des principes démocratiques.

Dans un second temps, les décisions ont poursuivi dans cette voie, mais certaines d'entre elles semblent redimensionner le contrôle de constitutionnalité dans le sens d'une globalisation.

Nous savons l'importance, pour le juge constitutionnel, de respecter le pouvoir d'appréciation du Parlement et son refus, constant, de ne pas juger en opportunité. Or, l'impact du terrorisme sur la société ne cesse de peser, si bien que le juge constitutionnel, face à une disposition antiterroriste, se trouve aux prises avec un dilemme crucial. Si la question de l'espace à laisser aux choix politique dans la lutte contre le terrorisme se résout aisément par la censure des excès d'appréciation et des discriminations injustifiées, celle de savoir quelle est aujourd'hui la démocratie à préserver est bien plus délicate.

Le climat sécuritaire, installé du fait d'une menace permanente et toujours vive, suscite une normalisation de l'urgence, à laquelle le juge constitutionnel doit rester insensible. Une autre question émerge alors sur le fait de savoir quels sont ces moyens pour y parvenir, et surtout, dans quelle mesure peut-il se le permettre.

Pour l'instant, le juge constitutionnel trouve la solution pour maintenir un contrôle de constitutionnalité efficace en relâchant l'étreinte sur la norme constitutionnelle. Ce choix est judicieux si l'on pense que, de la sorte, même en livrant un contrôle plus global, le juge constitutionnel livre *un* contrôle, et cela est essentiel pour maintenir la législation antiterroriste dans les limites de l'État de droit. Le juge constitutionnel joue, ici, son rôle de rempart contre l'arbitraire.

Parmi les décisions qui servent de point de départ à cette analyse, celles rendues par la juridiction française y occupent une large partie. Le Conseil constitutionnel est la seule juridiction constitutionnelle à s'être prononcée après les attentats de septembre 2001 sur des lois adoptées également après ces événements.

La Cour constitutionnelle italienne n'a pas été saisie de question de constitutionnalité sur les modifications des dispositifs antiterroristes de 2001 et de 2005. Le Tribunal constitutionnel n'a pas eu, non plus, à examiner de nouvelles lois antiterroristes dans le cadre d'un recours abstrait, en raison de l'absence de réaction législative après 2001 et après les attentats de Madrid, du 11 mars 2004. En revanche, la place du terrorisme dans la société espagnole a joué sur l'appréciation du Tribunal constitutionnel dans la dernière décision rendue sur la législation antiterroriste, et la décision 71/1994 intègre notre réflexion.

Ces quelques décisions reflètent donc un déplacement de l'équilibre entre l'ordre et la liberté que le juge doit assurer. Or, ce déplacement provoque un desserrement du contrôle de constitutionnalité, qui s'illustre par un contrôle de proportionnalité plus abstrait (**Section 1**) et un contrôle de constitutionnalité qui s'assouplit pour coller à l'évolution de l'approche politique du terrorisme (**Section 2**).

Section 1 : L'abstraction du contrôle de proportionnalité

Le contrôle de proportionnalité des législations antiterroristes rencontre, à l'heure actuelle, des mouvements indiquant une forme d'abstraction de l'examen de constitutionnalité.

Ce contrôle qui se décompose, classiquement, en trois phases, ne peut plus en effet être exercé avec la même rigueur par le juge constitutionnel, en

raison de la gestion politique de la permanence de la menace terroriste dans les ordonnancements.

Nous avons constaté que le terrorisme exigeait une adaptation des régimes des droits fondamentaux et que le législateur, agissant au motif de la singularité du phénomène, avait trouvé une oreille favorable chez les juges constitutionnels qui avaient aisément admis l'élaboration des grandes lignes du régime dérogatoire antiterroriste. Les craintes évoquées à l'issue de ces premières observations se confirment ici, lorsque l'on observe que l'extension de la lutte contre le terrorisme, sur le long terme, revisite le principe du contrôle de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict d'une disposition par le juge constitutionnel, et impose au juge constitutionnel de revoir la notion d'efficacité de son contrôle.

Avant de préciser notre propos, quelques réflexions liminaires sont nécessaires pour rapidement exposer l'approche différenciée de la dimension tricéphale du contrôle de proportionnalité par chacune des juridictions constitutionnelles que nous étudions.

Le contrôle de proportionnalité représente, aujourd'hui, un mécanisme classique du jugement de constitutionnalité⁹⁹⁷. Apparu dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, il y a connu un fort développement avant d'être importé avec succès par la plupart des juridictions constitutionnelles et européennes. Sa richesse et sa pertinence en font un instrument indispensable de l'analyse juridique. Il permet au chercheur de pénétrer un peu plus dans l'esprit des juges constitutionnels. Il sert aussi à ces derniers à encadrer progressivement et, en toute subtilité, le pouvoir discrétionnaire du législateur, dans des limites qu'ils leur étaient, sans doute, difficile d'imaginer il y a encore une vingtaine d'années. L'examen de la proportionnalité des lois contribue finalement, à sa manière, à renforcer l'État de droit.

Si l'on retient la conception allemande – ternaire - de ce contrôle, chacune de ses phases vise l'analyse d'un aspect d'une disposition législative par rapport au but poursuivi par le législateur. Ainsi le contrôle de l'adéquation a-t-il pour objet de vérifier si la disposition est susceptible d'atteindre le but fixé, le contrôle de la nécessité s'attache à rechercher si la disposition est la moins contraignante pour

⁹⁹⁷ V. GOESEL-LE BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 1997, p. 227-267 ; ID. « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *R.F.D.C.*, 2001, p. 67-83 ; ID. « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *R.F.D.C.*, 2007, p. 269-295 ; ID. « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 208-215 ; « Le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *L.P.A.*, n° spécial, n° 46, 2009, p. 62-69.

les droits fondamentaux mis en œuvre, et le contrôle de la proportionnalité, au sens strict, évalue si la disposition n'est pas disproportionnée par rapport à l'objectif que s'est fixé le législateur, ou en d'autres termes, « si l'on n'a pas tiré sur des moineaux avec un canon »⁹⁹⁸.

Dans le contentieux qui se développe devant la Cour constitutionnelle italienne, le Tribunal constitutionnel espagnol et le Conseil constitutionnel français, on constate que les juges constitutionnels exercent ce contrôle⁹⁹⁹ tantôt de manière complète¹⁰⁰⁰, tantôt de manière partielle.

L'analyse de leurs décisions ne permet donc pas toujours de constater une séparation stable et définitive entre les trois étapes telles que dégagées par la doctrine allemande¹⁰⁰¹. La doctrine espagnole évoque d'ailleurs que la

⁹⁹⁸ Citation de W. JELLINEK, reprise par X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives française*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1990.

⁹⁹⁹ Le contrôle de proportionnalité s'est développé de manière assez spontanée devant chaque juridiction. Ce n'est qu'après plusieurs années d'activité que l'examen de la proportionnalité au sens large a pu être observé de manière explicite. Ainsi, pendant toute la première période de son activité, le Tribunal constitutionnel n'appliqua pas la technique allemande de contrôle de proportionnalité, mais un concept général de proportionnalité inhérent à l'activité législative, en témoignant cependant d'une réelle volonté – mais chargée d'incertitude – de lui trouver un fondement juridique stable. Ce n'est qu'à partir de la décision 66/1995 que l'analyse tricéphale fit son apparition dans le contentieux constitutionnel espagnol et une décision en assemblée plénière vint confirmer la réception de la technique un an plus tard, dans la décision 55/1996 (les deux décisions furent adoptées sans opinion dissidente). Cf. M. GONZALES BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional*, Cizur-Menor, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 35 et s., p. 106-108 ; J. BRAGE CAMAZANO, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 341 et s. ; P. CRUZ VILLALON, « Espagne – Rapport Table ronde : le juge constitutionnel et la proportionnalité », *A.I.J.C.*, 2009, p. 169 et s..

¹⁰⁰⁰ Le Conseil constitutionnel français, dans la décision du 21 février 2008 relative à la loi sur la rétention de sûreté, a exercé de manière on ne peut plus explicite, un contrôle de la disposition législative sous l'angle de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité. Cf. *Cons. const.* n° 2008-562 DC du 21 février 2008, cons. n° 14 et s.. Commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, p. 21. B. GENEVOIS évoque à ce titre, une « irruption » du contrôle de proportionnalité à l'allemande (v.« L'enrichissement des techniques de contrôle », in *Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel*, 3 novembre 2008, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Hors-série, 2009, p. 43.

¹⁰⁰¹ La décomposition du contrôle en trois phases n'est pas systématique de la part du Tribunal constitutionnel espagnol. Il ne juge pas toujours les dispositions qui lui sont déférées en vertu de cette triple analyse et, si elle est opérée, elle n'est pas toujours faite avec les mêmes rigueur et justesse que dans le système allemand, le tout dépendant énormément du juge rapporteur de la décision. La doctrine parle même de certaines applications *obscuras et zigzagantes* du principe (cf. J. BRAGE CAMAZANO, *Los límites...*, *op. cit.*, p. 334).

On peut ainsi noter qu'un certain nombre de décisions ignorent le caractère échelonné de l'application du principe ; que les phases de contrôle se superposent parfois pour, finalement, se confondre : c'est le cas lorsque le Tribunal constitutionnel examine, dans le cadre de la nécessité, si une mesure restrictive des droits et libertés, décidée par le juge dans le cadre d'un procès pénal, est pertinente au regard de l'enquête sur le délit (cf. *STC* 166/1999, sur le rapport entre le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict, M. GONZALES BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad ...*, *op. cit.*, p. 134) ; le Tribunal constitutionnel fait parfois abstraction de l'examen de la proportionnalité au sens strict pour limiter son contrôle à l'adéquation et à la nécessité de la disposition (cf. *STC* 171/1999 du 27 septembre, cons. en droit n° 10 sur le droit au secret des communications et sur le même sujet, la *STC* 126/2000 du 16 mai, cons. en droit n° 6 et 8, dans lesquels le Tribunal constitutionnel n'évoque pas la proportionnalité au sens strict dans l'exposé théorique du principe de proportionnalité, mais l'analyse

jurisprudence du Tribunal constitutionnel souligne une « application peu technique et rigoureuse et, parfois, simplement globale et apodictique »¹⁰⁰² du contrôle de proportionnalité.

Cependant, toutes les juridictions constitutionnelles examinent la proportionnalité des dispositions législatives, en des termes certes différents¹⁰⁰³, mais en poursuivant le même objectif.

tout de même) ; et, à l'inverse, si les parties ne soulèvent aucun grief à l'encontre de l'adéquation ou de la nécessité de la disposition, le juge passe directement à l'examen de la proportionnalité en décidant expressément qu'il convient « d'exclure deux exigences du principe de proportionnalité (adéquation et nécessité) de notre jugement de constitutionnalité » (cf. *STC* 103/2002).

Le Conseil constitutionnel français s'est montré, dans un premier temps, réfractaire à un contrôle de proportionnalité « à l'allemande ». Il a été ensuite, à partir des années 1990, plus enclin à son accueil et a commencé à nuancer son contrôle en l'enrichissant de plusieurs facettes. V. GOESEL-LE BIHAN dit ainsi, en 1997, « le contrôle de proportionnalité, tel qu'il est exercé par le Conseil constitutionnel, n'est plus un. De décision en décision, il s'est étoffé en déployant de nouvelles facettes. Cet enrichissement progressif nous semble emprunter les différentes voies de contrôle de proportionnalité telles qu'elles ont été systématisées par la Cour constitutionnelle et la doctrine allemandes », (cf. « Réflexion iconoclaste... », art. cit., p. 227). On a ainsi pu distinguer progressivement les trois types de contrôle dans ses décisions, bien que la systématité de leur mise en œuvre soit à relativiser, notamment en matière de contrôle des lois antiterroristes, et bien que les trois étapes du contrôle de proportionnalité n'aient pas toujours eu la même « faveur » du juge, qui a eu tendance à privilégier la première et la troisième tout en s'autorisant, exceptionnellement et de manière détournée, à exercer la deuxième sans l'affirmer explicitement. Le temps passant, les décisions du juge français ont laissé entrevoir une acception « au moins bicéphale » du contrôle de proportionnalité : le contrôle de l'adéquation se détachant de plus en plus nettement en tant que « figure particulière » de celui-ci (cf. V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel... », art. cit., p. 67-68).

Finalement, une « voie française » a émergé, « dans laquelle seuls deux contrôles sont clairement distingués et exercés : d'une part, un contrôle de l'adéquation, et d'autre part, un contrôle de la nécessité [...] restreinte ». Pour V. GOESEL-LE BIHAN, initiatrice de cette interprétation, « les exigences de la proportionnalité au sens strict ne sont pas vraiment distinguées de celles de la nécessité. Devant le juge constitutionnel français, la partie se joue donc à deux, et non à trois, et ce jeu double continue de s'accompagner, pour l'un des joueurs, d'un double jeu » (cf. « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence... », art. cit., p. 287). L'absence de séparation stable entre chacune des étapes de l'examen de la proportionnalité, et surtout, l'application très personnelle de ce contrôle par chaque juge se confirme donc à l'instar de l'évolution de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel.

L'évolution de la jurisprudence de la *Consulta* est globalement similaire à celle de ses homologues espagnol et français, si ce n'est qu'elle transcrit une approche de prime abord singulière de contrôle de proportionnalité. La Cour constitutionnelle absorbe, en effet, le contrôle de proportionnalité dans le cadre plus vaste et général du contrôle de la *ragionevolezza*, qui consiste en l'appréciation de la raisonnable de la loi. « Le contrôle de proportionnalité n'a pas d'autonomie conceptuelle par rapport à l'examen plus général de raisonnable de la loi. » Ainsi, les décisions de la Cour italienne ne traduisent pas la mise en place d'un contrôle de la proportionnalité en trois étapes, si bien que l'élaboration d'une quelconque grille d'analyse selon le schéma allemand a paru, dans un premier temps, exclue. La doctrine a toutefois entamé une réflexion sur la question pour finir par dégager un schéma argumentatif, qui n'est pas substantiellement différent du contrôle de la Cour constitutionnelle d'outre-Rhin. Pour être plus précis, il faut noter que la doctrine italienne s'est effectivement consacrée à l'analyse de la *ragionevolezza* dans le contentieux constitutionnel des lois, mais, en revanche, l'analyse de ce contentieux, sous l'angle de l'approche allemande, est encore peu développée. On ne trouve donc que peu d'étude examinant les décisions de la Cour de ce point de vue. À notre connaissance, nous pouvons simplement citer G. SCACCIA, « Italie – Rapport Table ronde : le juge constitutionnel et la proportionnalité », *A.I.J.C.*, 2009, p. 267 et s.

¹⁰⁰² Pour de nombreux exemples venant soutenir cette affirmation, voir J. BRAGE CAMAZANO, *Los límites...*, op. cit., p. 337-338.

¹⁰⁰³ Ainsi, le Tribunal constitutionnel espagnol évoque la *ponderacion* ou la *razonabilidad*, la Cour constitutionnelle italienne, la *ragionevolezza* ou le *bilanciamento*, le Conseil constitutionnel français utilise,

En outre, la variabilité du *degré* du contrôle opéré par les juges constitutionnels sur chacune des trois phases de la proportionnalité a été constatée depuis plusieurs années, avec, toutefois, des différences liées encore une fois à la manipulation diversifiée de cet outil par chacune des juridictions constitutionnelles.

Bien que cette variation d'intensité du contrôle soit soulignée par la doctrine espagnole et italienne, elle ne fait pas, pour l'instant, l'objet d'une analyse spécifique en Espagne et en Italie. À l'inverse, en France, la perméabilité progressive des contentieux constitutionnel et administratif a étendu cet angle d'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État à celle du Conseil constitutionnel. La richesse du contentieux administratif français a très tôt fait apparaître, dans les commentaires de la jurisprudence de la Cour suprême administrative, des remarques sur l'intensité du contrôle que ce dernier exerce sur l'action de l'Administration. Ainsi, les notions de contrôle restreint, normal ou entier, sont désormais des paramètres d'étude *classiques* des décisions du Conseil constitutionnel, alors qu'ils restent d'application encore isolée dans les autres pays ¹⁰⁰⁴.

Ainsi, dans le cadre du contentieux des lois antiterroristes, chaque phase du contrôle de proportionnalité se référant au but de l'acte législatif, lorsque l'objectif est l'éradication du terrorisme, le poids de la mission semble si exceptionnel et si difficile à atteindre – les États luttent depuis des années contre le terrorisme – que chacune des étapes semble être soumise à une forte abstraction.

Dès lors, l'impossibilité pour les juges constitutionnels d'exercer un contrôle profond de l'adéquation et de la nécessité de la mesure provient de l'essence même de ces deux examens, qui se trouvent faussés par l'objectif des dispositions antiterroristes. En raison de l'absence de systématicité de la décomposition du contrôle de proportionnalité au sens large par chacune des juridictions, nos premières réflexions seront prospectives. Ainsi, que ces deux phases soient ou ne soient pas clairement distinguées dans chaque contentieux, nos réflexions peuvent englober les trois juridictions constitutionnelles (§ 1). En revanche, en ce qui concerne l'examen de proportionnalité, il a été réalisé par le

quant à lui, les expressions d'erreur manifeste ou de disproportion manifestement déséquilibrées. cf. G. SCACCIA, « Italie... », art. cit., p. 267 et s. Nous renvoyons également au rapport français de V. GOESEL-LEBIHAN, « France – Rapport Table ronde : le juge constitutionnel et la proportionnalité », *A.I.J.C.*, 2009, p. 191 ; et au rapport espagnol de P. CRUZ VILLALON, « Espagne... », art. cit., p. 169.

¹⁰⁰⁴ L'étude de la jurisprudence constitutionnelle par V. GOESEL-LE BIHAN s'inspire de ces différents degrés de contrôle. B. GENEVOIS note toutefois que la ligne de partage entre le contrôle normal et le contrôle restreint fait problème (cf. « L'enrichissement des techniques... », art. cit., p. 43).

Conseil constitutionnel dans trois décisions récentes, alors que l'on ne relève aucune décision substantielle du Tribunal constitutionnel espagnol et de la Cour constitutionnelle sur la question du terrorisme. Nos propos pourront alors se concentrer essentiellement sur son raisonnement (§2).

§ 1 – L'effacement du contrôle de l'adéquation et la nécessité des dispositions législatives antiterroristes

Le mode de gestion de la menace terroriste sur le long terme ne permet pas au juge constitutionnel de trancher la question de savoir si la disposition législative qu'il doit contrôler est susceptible d'atteindre son but (A). De fait, il devient impossible pour le juge constitutionnel d'apprécier si l'atteinte aux droits fondamentaux que la disposition implique est la moins contraignante (B). Le contrôle de proportionnalité est, ainsi, immédiatement placé dans une zone d'incertitude.

A. La difficulté d'évaluer l'adéquation de la disposition législative

Si tant est que le contrôle de l'adéquation soit exercé par le juge constitutionnel¹⁰⁰⁵, celui-ci ne va pas pouvoir apprécier si la disposition

¹⁰⁰⁵ Sur l'évolution de cette phase du contrôle devant le Conseil constitutionnel français, cf. V. GOESEL-LEBIHAN, « France ... », art. cit., p. 194 et s. C. GREWE et R. KOERING-JOULIN estiment que la question de l'adéquation est une question que le juge constitutionnel français se pose rarement, cf. « De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures antiterroristes », in *Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Liberté, justice, tolérance*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 913.

Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de l'adéquation de la mesure qui lui est bien spécifique, dans le sens où il recherche l'absence d'inadéquation manifeste entre la disposition et le but poursuivi, d'après V. GOESEL-LEBIHAN, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel... », art. cit., p. 70. L'évolution du contrôle du Conseil constitutionnel sur l'adéquation des dispositions est qualifiée de considérable par cet auteur. En 2001, elle estimait que « l'adaptation de la mesure aux objectifs poursuivis est en train de devenir, dans ses multiples exigences, une condition générale de la constitutionnalité d'une loi ». Ainsi, il vérifie « non pas que la règle est en elle-même proportionnée à l'objectif poursuivi, mais que la technique adoptée par le législateur, qui consiste à transposer purement et simplement certaines règles de la télévision analogique à la télévision numérique, n'est pas inadaptée à l'objectif poursuivi. Cette démarche apparaît très clairement lorsqu'il affirme que « faisant usage de son pouvoir d'appréciation, le législateur a pu choisir d'appliquer au secteur de la diffusion numérique un certain nombre de règles relatives à la diffusion analogique, afin de préserver le pluralisme des courants d'expression socioculturels », cf. V. GOESEL-LEBIHAN, *Ibid.*, p. 74 et 76. Sur l'évolution de cette phase du contrôle, devant le Conseil constitutionnel, du contentieux électoral (*Cons. const.* n° 90-280 DC du 6 décembre 1990, relative à la loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux, cons. n° 26, confirmée par la décision n° 93-331 DC du 10 janvier 1994 relative à la loi rétablissant le renouvellement triennal par moitié des conseils généraux), à l'examen des dispositions législatives mettant en cause des principes de second rang (*Cons. const.* n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (la liberté en cause

antiterroriste, dont il doit examiner la constitutionnalité, est adéquate au but poursuivi pour trois raisons.

D'une part, il aurait bien du mérite à répondre à cette question que de nombreux spécialistes se posent depuis tant d'années. La menace persistante du terrorisme sur l'ensemble des pays et la multiplication des arsenaux législatifs au fil des attentats illustrent que la question de l'adaptation des moyens à l'éradication du phénomène est soumise à une forte relativité.

D'autre part, les États réagissent eux-mêmes en adoptant une attitude très incertaine dès lors qu'ils choisissent, dans la majorité des cas, de mettre en place des mesures temporaires. Si le choix d'une réponse limitée dans le temps peut témoigner de la volonté de faire face à un problème exceptionnel qui n'a donc pas vocation à perdurer, il véhicule aussi l'incertitude de l'efficacité des mesures employées à la lutte, une forme de tâtonnement, d'expérimentation en somme ¹⁰⁰⁶.

est la liberté d'entreprendre), à lire avec la décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, Loi relative à la réduction négociée du travail et, la décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 relative à la loi portant création d'une couverture maladie universelle), puis de premier rang, voir les articles de V GOESEL-LE BIHAN cités *infra* note 997.

Le jugement de l'adéquation ou *idoneidad* par le Tribunal constitutionnel est peu problématique, tant du point de vue théorique que pratique. La preuve en est que « la nécessaire relation de causalité entre la mesure objet du contrôle et sa finalité a traditionnellement été analysée par le Tribunal constitutionnel sans que cela ne génère de grandes difficultés ». Le Tribunal constitutionnel l'a lui-même admis en déclarant que l'adéquation est la condition du principe de proportionnalité qui présente le moins de problème (cf. *STC* 66/1995). D'ailleurs, aucune décision constitutionnelle n'a déclaré formellement sa méconnaissance. L'influence du droit allemand sur le droit espagnol, notamment mis en place à travers la Constitution de 1978, ne fait plus de doute. Il est donc naturel que la grille d'analyse allemande de la proportionnalité se soit progressivement insérée dans le contentieux constitutionnel, et l'adéquation a fini par acquérir une autonomie qui, finalement, conditionne toute action d'un pouvoir public. Ce constat ne doit pas être remis en cause par le fait que, le plus souvent, le Tribunal constitutionnel analyse l'adéquation de la mesure qu'il doit contrôler au sein du principe de *razonabilidad*, en examinant la finalité ou en utilisant le principe de proportionnalité de manière informelle. Cela implique que cette phase de la proportionnalité ne ressort pas de manière évidente des décisions du Tribunal constitutionnel qui, de plus, a tendance à attendre que les requérants le soulèvent dans leur saisine pour l'examiner. Alors qu'il pourrait parfaitement analyser l'adéquation de la mesure, même si elle n'est pas mise en cause par les requérants. On pourrait même plaider pour une analyse « systématique » de l'adéquation, puisque dans les cas où celle-ci ne pose pas de difficultés, le Tribunal constitutionnel ne devrait pas argumenter son appréciation positive longuement ; dans les cas exceptionnels où l'adéquation fait défaut, ce simple constat éviterait au Tribunal constitutionnel d'examiner les autres aspects de la proportionnalité. Néanmoins, il est possible de souligner, à la lecture des décisions de la juridiction constitutionnelle espagnole, que l'adéquation d'une disposition pour atteindre son but n'est pas conçue de manière absolue. Pour le juge espagnol, en effet, la condition de l'adéquation n'exige pas un jugement de « *perfectibilidad* », c'est-à-dire que le moyen utilisé par le législateur n'a pas à être le meilleur possible pour parvenir à la finalité fixée. L'adéquation sera reconnue dès lors que le législateur met en œuvre les moyens nécessaires pour se rapprocher de l'objectif de la loi ou, dans certains cas, s'il ne la gêne pas (Cf. M. GONZALES BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad...*, *op. cit.*, p. 124-128).

¹⁰⁰⁶ Comme le notent C. GREWE et R. KOERING-JOULIN, les lois françaises sur la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001 et sur la sécurité intérieure du 18 mars 2003, ainsi que la loi allemande du 9 janvier 2002 ont été adoptées pour une durée déterminée et prévoyaient, en leur sein, l'obligation, pour les Gouvernements, de présenter un bilan de l'application des mesures législatives. Elles concluent : « N'est-ce pas avouer l'impossibilité de répondre concrètement à la question [de l'adéquation] ! ». Elles

En outre, les Gouvernements veulent généralement parer efficacement la menace terroriste, si bien qu'ils mettent en place des mesures à large spectre qui, en toute logique, sont susceptibles d'atteindre l'objectif visé. En outre, le perfectionnement incessant des dispositifs antiterroristes prouve l'inadéquation des mesures antérieures et soumet les nouvelles à une adéquation toute relative.

Enfin, il nous semble délicat, pour les juges constitutionnels, d'exercer un contrôle de l'adaptation des mesures au but poursuivi, dès lors qu'ils ne contrôlent que rarement la réalité de la situation à laquelle le législateur doit faire face.

En effet, les juges constitutionnels n'adoptent pas tous la même attitude face à la qualification juridique de la réalité de la situation que le législateur doit affronter au travers de l'adoption de la norme législative qu'ils doivent contrôler. Lorsqu'ils admettent la gravité et le danger des actions terroristes pour la société tout entière, ils se livrent à une appréciation générale de la situation, qui a incité le législateur à intervenir, et que l'on pourrait rapprocher de la qualification juridique des faits présente en contentieux administratif français. Un tel contrôle induit qu'en cas d'erreur grossière, le juge constitutionnel pourrait censurer l'appréciation législative.

Or, la qualification, par les juges constitutionnels, de la réalité de la situation que crée le terrorisme n'est pas systématique dans les décisions sur la législation antiterroriste. Bien que tous reconnaissent la nécessité de lutter contre le terrorisme, par le biais d'instruments adaptés au phénomène, l'absence de qualification précise de la réalité de ce qui anime l'action législative place, dès le départ, le contrôle dans une zone d'incertitude qui limite considérablement le contrôle de l'adéquation des faits dans le cadre du contrôle de proportionnalité.

L'appréciation du juge constitutionnel est relativement étroite en l'espèce, car l'action des pouvoirs publics face au terrorisme ne répond pas à des critères objectifs, préalablement énumérés dans les normes sur lesquelles l'action se fonde, qui permettraient de jauger, en amont, l'utilité de l'intervention. Le cadre de l'action politique en la matière confère au législateur une large marge d'appréciation.

Les mécanismes normatifs utilisés par le Gouvernement italien et le législateur espagnol pour affronter le terrorisme – l'article 77, alinéa 2, de la Constitution italienne et l'article 55-2 de la Constitution espagnole – ne mentionnent que des situations génériques qu'il revient au pouvoir politique d'interpréter pour les mettre en œuvre. Ainsi, le législateur espagnol doit évaluer

estiment que la question de l'adéquation est une question que le juge constitutionnel français se pose rarement (cf. « De la légalité de l'infraction terroriste... », art. cit., p. 913).

si la situation qui se présente à lui correspond à l'action de « personnes en relation avec des bandes armées ou des éléments terroristes », comme l'exige l'article constitutionnel. Le Gouvernement italien, quant à lui, doit apprécier si les conditions de mise en œuvre de nécessité et d'urgence sont bien réunies pour réagir, par le biais des décrets-lois, à une menace terroriste.

Parmi la jurisprudence constitutionnelle étudiée, seule la Cour constitutionnelle italienne s'est prononcée explicitement, dans son arrêt n°15 de 1982, sur la réalité de la situation d'*emergenza* qui paralysait le pays à une certaine période, et que la norme législative qui lui était déférée devait contribuer à résorber ¹⁰⁰⁷. La cour italienne n'a toutefois pas contrôlé la situation au regard des critères de l'article 77, alinéa 2, de la Constitution. Les récents développements de la jurisprudence de la *Consulta* que nous avons évoqués plus haut, sur ce point, laissent présager qu'elle pourrait, à l'avenir, contrôler l'utilisation, par le Gouvernement, des décrets-lois pour répondre au terrorisme.

Le Tribunal constitutionnel semble également le faire. Cependant, la place du terrorisme dans la société espagnole trouble l'analyse de la réalité de la situation, en lui donnant un sentiment de permanence qui contraste avec l'idée de mesure exceptionnelle de l'article 55-2 de la Constitution. Nous savons que le juge constitutionnel espagnol a fréquemment défini la situation si spécifique que crée le terrorisme dans la société espagnole pour rappeler les raisons de la création de l'article 55-2 par les constituants de 1978. Ainsi, il admet, dans la décision 199/1987, et le passage sera repris dans la décision 71/1994, que la situation qui découle précisément des activités délictueuses commises par des bandes armées ou les éléments terroristes « créent un danger effectif pour la vie et l'intégrité des personnes et pour le maintien de l'ordre démocratique constitutionnel, qui légitime le législateur à mettre en place un cadre normatif », autorisant la suspension individuelle des droits fondamentaux. Le constituant a agi de la sorte, au sens du juge constitutionnel espagnol, car il avait déjà « conscience de l'existence, en tant que problème actuel, du terrorisme et du danger qu'il implique pour la vie et l'intégrité des personnes et pour l'ordonnancement démocratique lui-même » ¹⁰⁰⁸. Sur ce constat, le Tribunal constitutionnel conduit un examen de constitutionnalité et, le plus souvent, de proportionnalité des dispositions qui lui sont soumises. Cependant, il évoque une situation de crise terroriste *générique* dans l'ordonnancement espagnol qui, prévue par le constituant de par sa gravité pour l'État, implique que la loi organique dont il doit examiner la constitutionnalité affronte une situation bien réelle. Le

¹⁰⁰⁷ Cf. la qualification de la situation d'*emergenza* par la Cour italienne, chapitre 2 du titre 2 de la première Partie.

¹⁰⁰⁸ STC 199/1987, cons. en droit n° 4.

Tribunal constitutionnel se réfugie encore une fois derrière la constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme.

Le Conseil constitutionnel français se détache des autres Cours constitutionnelles sur ce point, en adoptant une attitude assez proche de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Le juge constitutionnel français se montre peu explicite dans ses décisions sur la législation antiterroriste d'une manière générale. Au mieux, a-t-il parfois précisé la dangerosité du terrorisme, sa gravité et ses effets pervers.

Cette retenue du Conseil constitutionnel en matière de terrorisme peut s'apparenter à celle, illustrée dans la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, à propos de la loi prorogeant l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie. En l'espèce, le Conseil constitutionnel n'a pas jugé bon de contrôler d'office si les conditions fixées par l'article 1^{er} de la loi du 3 avril 1955 étaient réunies, c'est-à-dire qu'il n'a pas recherché s'il y avait bien, en l'espèce, « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public [...] ou [tout autre] événement présentant par leur nature ou leur gravité le caractère de calamité publique ». De manière assez surprenante, le moyen n'avait pas été soulevé par les requérants, alors que plusieurs parlementaires de l'opposition avaient mis en doute la nécessité de cette procédure au cours des débats. Le Conseil n'a pourtant pas examiné la réalité des circonstances exceptionnelles sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, alors que ce sont ces mêmes circonstances qui motivent la mise en œuvre de l'état d'urgence.

François Luchaire se demande donc s'il faut croire que « cette nécessité était tellement évidente qu'elle n'avait pas à être discutée devant le juge ? »¹⁰⁰⁹. Ph. Terneyre, pour sa part, se demande si le Conseil constitutionnel ne s'est pas livré à un contrôle *implicite* de la réalité du « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public »¹⁰¹⁰. Quel que soit le motif de son silence, il est difficilement acceptable dans le cadre de l'application d'une loi prorogeant un état d'urgence au vu des implications de ce régime sur les droits et libertés. Il était donc essentiel que le juge constitutionnel procède à l'examen de la réalité concrète des faits, à l'image du juge administratif lorsqu'il est confronté à des circonstances exceptionnelles.

Ph. Terneyre ne voit effectivement pas « pourquoi le Conseil constitutionnel en serait dispensé pour une loi appliquant une autre loi, même si,

¹⁰⁰⁹ F. LUCHAIRE, « Conseil constitutionnel – Décision du 25 janvier 1985 », *D. Juris.*, 1985, p. 361.

¹⁰¹⁰ Ph. TERNEYRE, « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité – Contribution du Conseil constitutionnel à un droit constitutionnel de la nécessité », *R.D.P.*, 1987, p. 1498.

compte tenu de la difficulté pratique qu'il y a à juger si une situation est exceptionnelle ou non, l'étendue de son contrôle devrait se limiter à une éventuelle erreur manifeste d'appréciation du législateur», et conclut à la « timidité excessive »¹⁰¹¹ du Conseil constitutionnel.

Cette décision date de 1985 et, depuis lors, le Conseil constitutionnel n'a pas eu à se prononcer sur une loi instaurant un régime exceptionnel¹⁰¹², qui lui aurait permis de revenir sur ce contrôle. Toutefois, il semblait déjà acquis à la doctrine que le Conseil constitutionnel pouvait, et même devait, se permettre de contrôler la réalité des faits exigeant des mesures particulières de la part du législateur, et il est d'ailleurs intéressant d'observer que, dans son commentaire de la décision du Conseil précitée, Ph. Terneyre reconnaît qu'il est toujours difficile de qualifier une situation comme étant « exceptionnelle » et établit un parallèle avec les vagues terroristes frappant les démocraties occidentales. Il se demande alors « à quel moment une situation grave devient-elle exceptionnelle ? »¹⁰¹³, et justifie des mesures spécifiques.

C'est concrètement la question que doivent se poser, en amont, le Gouvernement et le législateur lorsqu'ils choisissent d'édicter une norme antiterroriste et, en aval, le juge constitutionnel pour s'assurer de l'utilité de la loi. Ce contrôle permettrait d'éviter que le contexte terroriste ne soit utilisé comme un *prétexte* pour faire passer *toute loi* réduisant l'exercice des droits fondamentaux et étendant le prisme sécuritaire à des domaines annexes (comme, par exemple, la gestion de l'immigration).

¹⁰¹¹ PH. TERNEYRE, « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité... », art. cit., p. 1498.

¹⁰¹² L'État d'urgence a connu une application en 2005, mais la loi de prorogation n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel. De vives émeutes dans les banlieues françaises ont incité le Président de la République à décréter l'état d'urgence, en Conseil des ministres, permettant ainsi aux préfets des zones concernées de déclarer des couvre-feux. Le décret rend applicable la loi dans tout ou partie de vingt-cinq départements, parmi lesquels la totalité de l'Île-de-France (décret n° 2005-1386 du 8 novembre 2005 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, *JORF*, p. 17593). Le 15 novembre 2005, l'Assemblée nationale française vote le projet de loi du gouvernement de proroger l'état d'urgence pour une durée maximale de trois mois, à compter du 21 novembre. Le 16 novembre 2005, c'est au tour du Sénat français de voter le projet ; l'état d'urgence est donc officiellement prorogé, alors que les violences ont cessé par la loi du 18 novembre 2005 pour une durée de trois mois (Loi n° 2005-1425 du 18 novembre 2005, *JORF*, 19 novembre 2005, p. 18025). Début décembre, 74 professeurs et maîtres de conférences de Droit avaient saisi le Conseil d'État pour obliger le gouvernement à suspendre ce régime d'exception. Le Conseil d'État a jugé que, bien que la situation avait « sensiblement évolué », le maintien de l'état d'urgence n'était pas une « illégalité manifeste » (CE. ord. 14 novembre 2005, *Rolin*, req. n° 286835, *AJDA*, 2006, p. 501 et CE. Ass. 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, req. n° 286834, *AJDA*, 2006, p. 1033). De son côté, le Premier ministre, Dominique de Villepin, et Nicolas Sarkozy avaient déclaré qu'ils préféraient maintenir l'état d'urgence jusqu'à la fin des fêtes de fin d'année pour prévenir d'éventuels troubles. Le 2 janvier 2006, le Président de la République, Jacques Chirac, après une proposition de Dominique de Villepin, déclare qu'il « mettra fin à l'état d'urgence à compter du 4 janvier », et que ce point sera à l'ordre du jour du Conseil des ministres du 3 janvier. Pour une réflexion sur l'état d'urgence de nos jours, P. CAILLE, « L'état d'urgence – la loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation », *R.D.P.*, 2007, p. 323 et s.

¹⁰¹³ PH. TERNEYRE, « Les adaptations aux circonstances... », art. cit., p. 1498, note 29.

Lorsque les États sont personnellement touchés par le terrorisme, la nécessité de l'action est quasi évidente ¹⁰¹⁴. En revanche, lorsque les États revoient leur position face au terrorisme alors que ce sont les États étrangers qui sont visés, quelques doutes sont permis et il serait bon que le juge constitutionnel puisse les lever. Dans ces hypothèses, les États répondent à une menace diffuse, du moins pour l'opinion publique, générant une situation de *stress* dans la société. Ainsi, la nécessité de l'action est déduite de la proximité géographique des attentats et incite à l'adoption de réponses rapides qui ne sont pas synonymes de réponses tempérées. La réaction spontanée, sous le coup de l'émotion, entraîne fréquemment des réponses démesurées. Le contrôle, *a priori* ou *a posteriori*, des juges constitutionnels sur la réalité de la situation à affronter aurait le mérite de recadrer l'action gouvernementale si cela s'avérait utile.

On retrouve toutefois cette attitude excessivement prudente, depuis fort longtemps, au niveau européen. Nous savons que les instances européennes concèdent aux autorités nationales une marge d'appréciation dans leur action et préservent le principe de subsidiarité. Les États peuvent agir de deux manières contre le terrorisme, au regard de leur engagement vis-à-vis du Conseil de l'Europe : en apportant des restrictions aux droits reconnus dans la Convention, en respectant trois conditions ¹⁰¹⁵, ou en actionnant le mécanisme de l'article 15 de la Convention européenne. Cet article instaure la possibilité pour les États parties de mettre en œuvre un droit de dérogation à certaines de leur obligation vis-à-vis de la Convention, « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation [...] dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international » ¹⁰¹⁶. Le contenu de l'article ne fournit aucun détail sur l'origine du danger permettant sa mise en œuvre, mais la

¹⁰¹⁴ Même si elle doit être évaluée obligatoirement, comme le prouve la lecture implicite de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, cf. *supra*, nos développements sur les garanties de cet article, chapitre 1^{er} du titre 2 de la première Partie.

¹⁰¹⁵ Les mesures restrictives peuvent être adoptées dès lors qu'elles sont prévues par la loi, poursuivent un but légitime et sont nécessaires dans une société démocratique. Une exigence de proportionnalité entre les deuxième et troisième conditions est également exigée.

¹⁰¹⁶ Article 15 CEDH : Dérogation en cas d'état d'urgence. 1). En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international. 2). La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7. 3). Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.

jurisprudence européenne ne laisse pas place aux doutes et les actions terroristes peuvent représenter un danger public menaçant la vie de la nation. Dans une autre mesure, les éventuelles restrictions apportées par les États parties, donc en dehors de l'article 15, doivent être nécessaires au regard de la situation à affronter.

Nous rencontrons encore, ici, les difficultés d'appréciation des situations. L'attitude de la Cour européenne des droits de l'Homme et, avant elle, de la Commission européenne est, dans un sens, très proche de celle des juges constitutionnels nationaux : aucun juge ne veut s'immiscer dans les choix discrétionnaires des législateurs. Elles n'hésitent pas à rappeler que les autorités nationales sont les mieux placées pour évaluer le danger, la nature et l'étendue des dérogations nécessaires à la lutte contre le terrorisme. Cette attitude est conforme à la théorie de la marge nationale d'appréciation et au principe de subsidiarité.

En revanche, les juges européens examinent tout de même si les conditions de mise en œuvre de l'article 15 sont réunies. Il faut cependant admettre que l'interprétation de la Commission et de la Cour du danger public menaçant la vie de la nation est parfois si large que l'effectivité de ce contrôle a été relativisée. Ainsi, dans la première affaire relative au terrorisme et à la mise en œuvre de l'article 15, l'affaire *Lawless*, la Commission et la Cour ont reconnu une marge d'appréciation considérable aux États sur ce point. Le sieur *Lawless*, citoyen irlandais, avait été détenu pendant 5 mois, sans inculpation ni jugement, dans un camp militaire, en vertu d'une loi de 1940 permettant la mise en œuvre de pouvoirs exceptionnels. Le Gouvernement irlandais justifiait l'utilisation de la loi et la détention de Mr *Lawless* par l'existence d'un « danger menaçant la vie de la nation » du fait des actions armées de l'IRA, alors que le requérant déduisait l'absence de danger du fonctionnement normal du Parlement et des tribunaux et, aussi, du fait que le Gouvernement n'avait pas recouru aux juridictions spéciales prévues par la Constitution en cas de crise ¹⁰¹⁷.

La Commission puis la Cour n'ont pas retenu l'argumentation du requérant. Elles ont estimé que l'existence d'un « danger public menaçant la vie de la nation », au sens de l'article 15 §1 de la convention, était avérée pour trois raisons : d'une part, parce que l'IRA était une organisation clandestine, militairement structurée, et représentait « une menace sérieuse pour les principes et les institutions démocratiques à l'intérieur de l'État » irlandais ¹⁰¹⁸. D'autre part, si la violence réelle n'était pas d'une ampleur suffisante (en raison des actes de violence isolés) pour satisfaire à l'exigence du « danger public menaçant la vie de

¹⁰¹⁷ Pour des précisions sur les moyens soulevés par les parties, Com EDH, *Lawless*, Rapport de la commission du 19 décembre 1959, *Publications de la Cour européenne des droits de l'Homme*, série B, n°1, p. 76.

¹⁰¹⁸ Rapport de la Commission, p. 87.

la nation », « l'aggravation progressive et alarmante des activités terroristes depuis l'automne 1956 et pendant tout le cours du premier semestre de l'année 1957 »¹⁰¹⁹ devait être prise en compte. Enfin, le droit international imposait à la République d'Irlande de ne pas laisser son territoire servir de point de départ à des actions armées visant un État étranger, c'est-à-dire, en l'espèce, le Royaume-Uni¹⁰²⁰. La Cour a donc conclu que l'existence d'un danger public « a pu être raisonnablement déduite par le Gouvernement irlandais de la confrontation de plusieurs éléments constitutifs »¹⁰²¹.

L'appréciation livrée par les juges européens est toutefois peu convaincante : « La situation que les organes de la Convention ont qualifiée de danger public s'analysait en un danger purement éventuel, latent ou virtuel [...] souci de ne pas laisser créer une situation irréversible [...] [Une telle] justification qui, reléguant au second plan l'imminence du danger, favorise les recours abusifs au droit exceptionnel de dérogation, [...] démarche pour des motifs vraisemblablement politiques : [...] éviter, dès la première affaire, d'exercer un contrôle trop strict qui eut pu éveiller la méfiance des États contractants [...] ne pas condamner un État traditionnellement respectueux des droits de l'Homme et qui faisait face à une situation particulièrement difficile. »¹⁰²²

Les juges européens sont donc, eux aussi, très prudents vis-à-vis de l'appréciation du danger. Tellement prudents que leur contrôle a tendance à se rapprocher d'une légitimation globale des législations étatiques, tant l'influence du terrorisme, du danger qu'il représente et de la difficulté de le gérer est palpable dans la jurisprudence de la Cour européenne.

L'absence de contrôle de la réalité de la situation par le juge constitutionnel conditionne la phase du contrôle de l'adéquation de la disposition, en lui conférant un fort degré d'abstraction. En effet, sans certitude

¹⁰¹⁹ Arrêt CEDH, 1^{er} juillet 1961, série A, n° 3, §29, p. 56. La Cour a particulièrement insisté sur une embuscade organisée par l'IRA, le 4 juillet 1957, contre des patrouilles de police d'Irlande du Nord, quelques jours avant les *Processions orangistes*, qui ont souvent été le terrain d'affrontements entre catholiques et protestants.

¹⁰²⁰ P. JEAN, « La jurisprudence de la commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de terrorisme », *Rev. recherche juridique*, 1994, p. 509-533.

¹⁰²¹ Arrêt CEDH, 1^{er} juillet 1961, série A, n° 3, §28, p. 56. Il faut se réjouir que la Cour n'ait pas repris la formule de la Commission en vertu de laquelle, « compte tenu de l'importante responsabilité qui incombe à un Gouvernement de protéger sa population contre toute menace pour la vie de la nation, il est évident qu'il faut laisser au Gouvernement une certaine latitude, une certaine marge d'appréciation pour déterminer s'il existe un danger public qui menace la vie de la nation et appelle de sa part des mesures exceptionnelles », ComEDH, *Lanless*, rapport de la Commission du 19 décembre 1959, *op. cit.*, p. 82.

¹⁰²² R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles – Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 157.

de la réalité de la situation à affronter, comment le juge constitutionnel pourrait-il évaluer si la disposition législative soumise à son examen est susceptible d'atteindre son but ?

Si l'on observe la position du juge constitutionnel allemand, ce dernier résout la question de l'adéquation de la loi « en concédant au législateur une marge d'appréciation inaccessible au contrôle juridictionnel et [...] en se réfugiant en quelque sorte dans l'abstraction [...] qui consiste à évoquer la gravité de la menace terroriste et les dangers qui en résultent ». C. Grewe et R. Koering-Joulin illustrent leur propos par une décision de la Cour constitutionnelle allemande, relative aux écoutes téléphoniques. Elles expliquent que la Cour « souligne à quel point les agissements soumis à surveillance risquent de compromettre des intérêts généraux primordiaux et d'engendrer ainsi un préjudice grave pour la paix intérieure ainsi que pour les droits des particuliers ». La Cour en tire la conclusion que, s'agissant de contrôler une loi, la condition de l'adéquation est remplie dès lors que « la possibilité abstraite d'atteindre le but existe, que les mesures autorisées ne sont pas donc d'emblée inappropriées »¹⁰²³.

On voit bien là les dangers d'un tel raisonnement sur l'adéquation des mesures antiterroristes. En raisonnant sur la base d'une possibilité *abstraite* des mesures à parvenir au but poursuivi, tous les juges constitutionnels peuvent aisément admettre l'adéquation des mesures antiterroristes puisque celles-ci sont conçues dans un esprit suffisamment large pour être sûr de ne pas passer à côté d'une menace bien diffuse. Elles sont donc automatiquement adéquates. Le conditionnement de la première étape du contrôle influence, ensuite, le contrôle de la nécessité de la disposition législative, qui se résout également avec une forte présomption.

¹⁰²³ C. GREWE, R. KOERING-JOULIN, « De la légalité de l'infraction terroriste... », art. cit., p. 914. Les auteurs citent la décision *BverfGE* du 9 mars 1994, drogues douces, *EuGRZ* 1994, p. 245 et 252, ainsi que *BverfGE* du 14 juillet 1999, *EuGRZ* 1999, p. 406. Les guillemets dans la citation font référence à cette dernière décision. L'arrêt *Zana c. Turquie* du 25 novembre 1997 de la Cour européenne est également significatif de ce comportement du fait que la Cour analyse le « besoin social impérieux » autorisant une limitation de l'article 10 de la Convention comme bénéficiant d'une « certaine marge d'appréciation » (§51). Comme le soulignait le Gouvernement turque dans l'espèce, « un État confronté à une situation de terrorisme menaçant son intégrité territoriale doit disposer d'une marge d'appréciation plus large qu'il n'aurait si la situation en question n'a de répercussions qu'au niveau individuel » (§53). La Cour rejoint, en partie, les conclusions du Gouvernement.

B. L'impossibilité de contrôler la nécessité de la disposition législative

L'abstraction du contrôle de proportionnalité est favorisée par l'impossibilité, pour les juges constitutionnels, de se prononcer sur le bien-fondé de la disposition législative antiterroriste.

Il paraît effectivement logique que les juges constitutionnels ne puissent se prononcer sur le fait de savoir si la disposition législative est la plus douce pour les libertés, au regard du but escompté, s'ils ne peuvent être certains de son adéquation. Le lien de cause à effet entre les deux premières phases de contrôle de proportionnalité ressort donc très clairement.

Quand bien même les juges constitutionnels seraient convaincus de l'adéquation de la mesure, il leur serait bien difficile de répondre à la question de savoir si la mesure législative déferée est la moins contraignante pour les droits et libertés en cause, en raison de l'approche politique de la lutte contre le terrorisme.

En effet, de la même manière que les Gouvernements visent *large* pour ne pas laisser passer les terroristes à travers les mailles de ce grand filet sécuritaire que tissent les États, ils frappent *fort* en pensant les dispositions antiterroristes avec une sévérité flagrante. Le juge constitutionnel serait donc bien gêné d'évaluer si cette sévérité envers l'exercice des droits fondamentaux des citoyens est la plus juste pour éradiquer le terrorisme, étant donné qu'elle ne fait que croître depuis plusieurs années, laissant penser que les nouvelles dispositions sont toujours nécessaires puisque les anciennes ne l'ont pas été.

Il apparaît alors un lien de cause à effet, bien pernicieux. Ce mode de réaction politique ne favorise pas l'analyse de la nécessité de la disposition et l'absence de contrôle de la nécessité de la disposition favorise ce mode de réaction.

La sévérité de la législation antiterroriste progresse de manière incontestable, tant sur le plan horizontal que vertical, et l'absence d'un contrôle de nécessité efficace et systématique des dispositions antiterroristes ne permet pas de le freiner.

Sur le plan horizontal, la prévention a été élargie, de manière considérable, à une pluralité de secteurs, jusque-là, absents des lois antiterroristes. Cet élargissement n'est que la conséquence d'une meilleure connaissance des moyens d'actions des associations terroristes et de l'évolution de la société, qui offrent, paradoxalement, plus de facilités aux terroristes pour agir. Nous pensons là au domaine financier, qui est devenu, depuis 2001, l'un des nerfs de la guerre contre

le terrorisme, au contrôle accru sur les communications dans le cadre des nouvelles technologies, tel que l'Internet et le libre accès qui en est ressorti, et aussi à une conception nouvelle de l'immigration, afin de surveiller les ressortissants, notamment ceux venus des pays islamiques, sur lesquels pèsent une présomption – dommageable et regrettable – d'appartenance à un réseau terroriste.

À cette extension horizontale des lois antiterroristes est venue se greffer une modification des mesures de prévention et de répression visant une diminution plus forte de la jouissance des droits fondamentaux et une échelle de peine symbolique. Ainsi, les perquisitions de domicile, les écoutes téléphoniques, les activités sous couvertures ont vu leur champ s'étendre et leur procédure simplifiée pour ne pas entraver l'action des enquêteurs ; le régime carcéral a, lui aussi, été doté de règles spécifiques pour la détention des terroristes et les sanctions ont toutes globalement été augmentées d'un cran dans un effet dissuasif.

Dans ce contexte très marqué, la recherche de la nécessité des dispositions antiterroristes est bien délicate et se trouve, à son tour, placée sous le signe de la relativité. Les juges constitutionnels ne peuvent être totalement hermétiques à cette *spirale infernale* dans laquelle sont pris les législateurs et qui incite ces derniers à renier la conception plus douce des lois précédentes pour en adopter une nouvelle, plus dure. Ils sont d'autant plus enclins à le faire et à justifier l'accroissement de la sévérité que le terrorisme se manifeste toujours sous de nouvelles formes et fait peser une menace quasi permanente sur la société.

Le raisonnement politique se trouve donc faussé, puisqu'il ne s'agit plus de trouver les moyens les plus justes pour lutter contre le terrorisme, *tel qu'il se manifeste aujourd'hui* mais *tel qu'il est susceptible de se manifester demain* et, en la matière, il a prouvé qu'il pouvait emprunter des voies insoupçonnées.

Cet ensemble normatif se trouve conforté par une menace latente et quasi permanente, relayée régulièrement par les médias, qui nous exposent les tentatives avortées d'attentats dont les réseaux, qui les préparaient, ont été démantelés grâce aux investigations poussées des services spéciaux. Il n'en faut pas plus pour que l'opinion publique soit confortée dans l'utilité de dispositions plus sévères, qui deviennent finalement les seules envisageables.

Le contrôle de la nécessité des dispositions antiterroristes est aussi parfois rendu difficile en raison du rapport singulier que certaines juridictions constitutionnelles entretiennent avec lui. L'ensemble des phases du contrôle de proportionnalité au sens large a pour but de *grignoter* l'espace de la marge

d'appréciation du législateur et l'examen de la nécessité peut être considéré comme l'attaque du dernier bastion de liberté du pouvoir parlementaire ¹⁰²⁴.

À ce titre, la Cour constitutionnelle italienne s'est montrée très explicite dans l'arrêt n° 15 de 1982. Elle a en effet refusé de se prononcer sur la question de savoir si la prolongation des délais de détention préventive était « le *moyen le plus approprié* pour éradiquer ou, du moins, affronter avec succès le terrorisme et la subversion », car il ne s'agissait pas de la question qu'elle devait résoudre dans ce cas d'espèce. Elle considérait qu'elle devait se prononcer sur la seule question de la *ragionevolezza* de la prolongation desdits délais. Elle précise, en outre, que cette question n'est en rien une question juridique. Une telle évaluation, à son sens, « est *interdite* au juge, y compris au juge des lois, parce qu'elle se résoudrait en un jugement sur un choix en matière de politique criminelle du pouvoir, sur lequel pèse institutionnellement la responsabilité de protéger la liberté et, avant tout, la vie des citoyens et de l'ordonnement démocratique » ¹⁰²⁵.

Ce refus explicite est motivé, pour la Cour, par le refus de s'engager sur l'appréciation du bien-fondé du choix législatif. Elle pose ainsi fermement le principe selon lequel il ne lui revient pas de dire si l'objectif visé par la disposition déferée aurait pu être atteint par une autre mesure, moins attentatoire en l'espèce, à la liberté individuelle. Il faut noter, ici, l'ambiguïté de l'expression employée par la *Consulta*, lorsqu'elle évoque « le moyen le plus approprié ». Elle semble, en effet, repousser le contrôle de l'adéquation de la disposition et le contrôle de sa nécessité. Si elle était restée sur le refus de contrôler la seule nécessité de la mesure, elle aurait évoqué « le moyen le moins contraignant pour les droits » et n'aurait pas mentionné la notion d'adaptation. La finesse avec laquelle cette

¹⁰²⁴ Le Conseil constitutionnel a montré, pendant un certain temps, une profonde réticence à s'avancer sur le terrain de la nécessité des lois en général, des lois antiterroristes en particulier. Par ce considérant, qui est apparu régulièrement dans les décisions du Conseil constitutionnel, selon lequel « la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur n'aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif poursuivi », le juge français accepte de contrôler l'inadéquation manifeste de la mesure à l'objectif poursuivi, mais exclut, en revanche, de rechercher la nécessité de la disposition, au sens attribué à cette notion dans le contrôle de proportionnalité. Toutefois, l'attitude du Conseil constitutionnel sur le contrôle de la nécessité d'une disposition a été, pendant un temps, ambivalente : d'un côté, il refuse explicitement d'examiner cet espace du pouvoir discrétionnaire du législateur, mais, d'un autre côté, il a parfois mis en œuvre un contrôle en tout point similaire, en se livrant « à un contrôle de la justification de la mesure qui, par son caractère approfondi et sa finesse, vaut bien un contrôle de nécessité ». V. GOESEL-LE BIHAN, qui renvoie, ici, à la décision du Conseil constitutionnel n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, *Loi relative à la chasse*. (cf. « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel... », art. cit., p. 75).

¹⁰²⁵ *Cour const.* n° 15 de 1982, cons. en droit n° 7.

décision constitutionnelle italienne a été rédigée ¹⁰²⁶ permet donc de se demander si la Cour a effectivement voulu rejeter l'examen de ces deux aspects.

Un contre-exemple, venant d'Espagne, vient tempérer nos propos. Il reste cependant un cas isolé dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel, et il s'est développé en dehors du cadre de l'article 55-2 de la Constitution. C'est sans doute ce dernier élément qui a permis au juge constitutionnel de contrôler la nécessité de la disposition. Dans la décision 199/1987, le Tribunal constitutionnel a en effet estimé que la fermeture provisoire des moyens de diffusion, lorsqu'un délit de terrorisme, visé par la loi organique 9/1984 déférée, a été commis à travers eux, était une mesure disproportionnée, d'autant plus que sa finalité, essentiellement préventive, pouvait être assurée *par d'autres moyens existant dans l'ordonnancement*, « *qui ne supposent pas cette limitation des libertés d'expression et d'information* » ¹⁰²⁷.

Les juges constitutionnels pourraient représenter une aide clairvoyante pour les législateurs, afin d'évaluer la nécessité des dispositions antiterroristes en toute sérénité ¹⁰²⁸.

La place accordée au fait dans ce contrôle confirme leur importance au sein du contentieux de constitutionnalité. Il n'est plus question, dans cette phase, d'une relation moyens/fins – comme dans le contrôle de l'adéquation et de la proportionnalité entendue strictement – mais d'une comparaison entre les différentes alternatives existantes pour atteindre un même but ¹⁰²⁹. En cela, la nécessité d'une disposition ne peut être absolue, mais plutôt relative, puisqu'elle

¹⁰²⁶ A. PACE, « Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza ? », note sous Cour const., arrêt n°15 de 1982, *Giur. cost.*, I, 1982, p. 108.

¹⁰²⁷ STC 199/1987, cons. en droit n° 12. Notons, ici, que l'examen de la nécessité vient compléter celui de la proportionnalité au sens strict de la disposition. Il ne serait pas tant préalable à cet examen, mais complémentaire : une fois que le juge a considéré que la restriction et la limitation de la liberté d'expression étaient disproportionnées, il constate que ce dispositif est plus contraignant pour les libertés ici mises en cause que d'autres. La doctrine souligne que la confusion entre les deux phases de nécessité et de proportionnalité, au sens strict, du contrôle, est entretenue par les juges constitutionnels eux-mêmes, dès lors qu'ils ne distinguent pas toujours de manière évidente les contrôles de nécessité et de proportionnalité au sens strict. Le lien ténu qui relie ces deux phases est donc parfois effacé pour les faire coïncider, ce qui renforce la difficulté d'élaboration d'une grille d'analyse. M. GONZALES BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad...*, *op. cit.*, p. 133 et s.

¹⁰²⁸ D'après les analyses de V. GOESEL-LE BIHAN, le Conseil envisage le contrôle de nécessité comme un « contrôle de l'adaptation de la mesure prise à l'objectif poursuivi, tant dans son champ matériel que temporel », excluant « la recherche d'une éventuelle autre voie, moins dommageable pour le ou les droits en cause ». Le juge français s'enquiert donc de savoir si « la mesure adoptée n'excède pas ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi ». C'est pourquoi le professeur GOESEL-LE BIHAN a qualifié le contrôle du Conseil constitutionnel d'un contrôle de la nécessité « restreinte » et non pas d'un contrôle restreint de la nécessité, (Cf. « Le contrôle de proportionnalité exercé... », art. cit., p. 210).

¹⁰²⁹ M. GONZALES BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad...*, *op. cit.*, p. 128-129.

exige seulement qu'aucune voie, moins contraignante pour les droits et d'égale efficacité, ne puisse être suivie par le législateur pour parvenir au même résultat.

Les dispositions de lutte contre le terrorisme arrivent devant les juges *auréolées* d'une présomption de nécessité, et le juge constitutionnel se trouve réduit aux spéculations, puisque « plus il est convaincu par la gravité de la menace, plus il aura tendance à admettre également la nécessité de limiter sérieusement certains droits et libertés »¹⁰³⁰.

Le contrôle de la nécessité se rapproche alors de l'appréciation de la proportionnalité au sens strict¹⁰³¹, qui va, elle aussi, connaître un examen très global.

§ 2 – *L'émergence d'une proportionnalité globale*

Les outils classiques du contrôle de constitutionnalité se trouvent être limités pour développer un contrôle toujours aussi serré de la disposition législative.

L'intensification de la menace terroriste et, surtout, sa permanence, brouille les frontières entre la normalité et l'exceptionnel, au point que le cadre même de l'État de droit connaît lui-même des ondulations à la portée encore imprécise.

Le relâchement du contrôle de constitutionnalité passe ainsi par une tolérance plus importante de la part du juge constitutionnel à l'égard du législateur, qui ne cherche plus de simple disproportion mais des conciliations manifestement disproportionnées, qu'il ne relève pas.

Le juge constitutionnel décide alors de laisser davantage de place à la force du factuel que ce qu'il n'avait fait dans les premières décisions sur la législation

¹⁰³⁰ C. GREWE, R. KOERING-JOULIN, « De la légalité de l'infraction terroriste... », art. cit., p. 914. Les auteurs estiment que la Cour européenne des droits de l'Homme adopte une attitude similaire lorsqu'elle retient « la nécessité pour les autorités d'exercer leur vigilance face à des actes susceptibles d'accroître la violence », dans l'arrêt *E.K.c. Turquie* du 7 février 2002 (§67).

¹⁰³¹ La place progressivement accordée au contrôle de la nécessité, par le juge français, pourrait exiger de repenser les formes de contrôle qu'il met en œuvre. Le développement de ce contrôle se fait au détriment de celui de la proportionnalité au sens strict, alors que les deux premières étapes de l'examen de la proportionnalité au sens large prennent une ampleur considérable. La jurisprudence constitutionnelle française laisse en effet présager que le constat d'une nécessité restreinte de la disposition examinée emporte l'absence d'inadéquation manifeste de celle-ci¹⁰³¹. Ce jeu de vase communicant illustrerait une forme de « réalisme du juge constitutionnel français, lequel intègre progressivement les différentes exigences de la proportionnalité tout en restant sur le seuil de ses formes les plus aliénantes pour la liberté du législateur », cf. V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé... », art. cit., p. 211.

antiterroriste. En effet, dans ces dernières – rendues sur les premières ébauches du régime dérogatoire ¹⁰³² – le juge constitutionnel donnait le sentiment d'intégrer simplement le motif avancé par le législateur, dès lors qu'il s'agissait de construire le droit du terrorisme. Le factuel commençait à prendre place dans la jurisprudence des Cours constitutionnelles. Son impact restait cependant contenu dans des limites raisonnables, respectueuses de l'État de droit. Progressivement, nous assistons à une inondation du factuel à toutes les étapes du contrôle, sous l'œil consentant du juge constitutionnel, ce qui, en matière de législation antiterroriste, a un effet sur le contrôle de proportionnalité.

L'examen de la proportionnalité au sens strict se distingue, par son objet, des premières phases du contrôle. Il revient en effet à confronter la mesure, objet du contrôle du juge constitutionnel, à sa finalité. C'est donc la conciliation opérée initialement par le législateur qui vient à être soumise, par ce contrôle, à l'appréciation du juge constitutionnel. Ce dernier va s'atteler à vérifier que le rapport entre les moyens prévus et les buts à atteindre exprime un juste équilibre et, pour ce faire, il met en balance « les charges créées et les avantages apportés par la réalisation de l'objectif poursuivi », afin de s'assurer que la disposition n'est pas « hors de proportion avec le résultat recherché » ¹⁰³³.

Ainsi, à la différence du contrôle développé dans la phase de l'adéquation, les deux éléments ne s'analysent pas d'après leur lien de causalité mais en comparant leur envergure respective. La proportionnalité au sens strict ne s'évalue donc pas sur le plan factuel mais bien sur le plan juridique ¹⁰³⁴. La portée réelle de la disposition déférée et sa finalité ne sont pas mises de côté, dans l'absolu, mais l'analyse de la proportionnalité au sens strict implique de déterminer si la disposition législative n'est pas excessive selon un point de vue exclusivement juridique, tout en prenant en compte la finalité qu'elle poursuit. Étant donné qu'en général, la disposition agit négativement sur le principe qu'elle met en œuvre – le plus souvent, un droit fondamental – la proportionnalité au sens strict entend garantir que le sacrifice n'est pas démesuré ¹⁰³⁵.

L'abandon ponctuel des éléments de faits aurait dû apporter à cet examen de la proportionnalité un recul bienvenu en matière de lutte contre le terrorisme. Malheureusement, la gravité du problème terroriste semble bouleverser toutes les

¹⁰³² Cf. nos développements du chapitre 2 du titre 2 de la première Partie.

¹⁰³³ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel... », art. cit., p. 68.

¹⁰³⁴ C'est ce que met en exergue R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cité par M. GONZALES BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad...*, op. cit., p. 133.

¹⁰³⁵ M. GONZALES BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad...*, op. cit., p. 134.

règles, si bien que l'examen de la proportionnalité au sens strict atteint un fort niveau d'abstraction.

Comme l'ont souligné C. Grewe et R. Koering-Joulin, « le contrôle devient alors plus abstrait qu'il ne l'est dans d'autres domaines et s'articule surtout autour de l'importance du but, de l'étendue des atteintes et des garanties prévues. On a presque l'impression qu'en matière de terrorisme, le but est jugé tellement important que *seules certaines restrictions très excessives et l'absence de garanties* seront censurées »¹⁰³⁶.

Elles appuient leur propos sur l'exemple du juge constitutionnel allemand, qui « laisse passer l'essentiel » en ne disant mot sur « une réorientation des activités des services de renseignement de la sécurité extérieure vers la sécurité intérieure, tout en censurant d'assez nombreuses dispositions de la loi »¹⁰³⁷. Elles pressentent une attitude similaire de la part du Conseil français, lorsqu'au cours de son contrôle sur la loi pour la sécurité intérieure du 13 mars 2003, « il se réfère surtout aux conciliations manifestement déséquilibrées et [...] n'en relève évidemment aucune ».

Dans le contentieux constitutionnel français, l'abstraction du contrôle de proportionnalité en raison de l'objectif des lois antiterroristes s'accompagne également d'une modification du degré de contrôle, du fait de l'intensité de la menace terroriste dans la société. Ainsi, V. Goesel-Lebihan estime que l'on assiste à un « desserrement des contraintes jurisprudentielles [en matière d'atteintes à la liberté individuelle] », qu'elle situe également dans la décision du 13 mars 2003, relative à la loi pour la sécurité intérieure, qui constituerait « le point de rupture »¹⁰³⁸.

Effectivement, dans la décision du 13 mars 2003, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur deux séries d'articles de la loi pour la sécurité intérieure¹⁰³⁹ (ci-après, LSI), qui visaient, d'une part, les visites de véhicules, et d'autre part, le traitement automatisé de données nominatives par les police et gendarmerie nationales.

¹⁰³⁶ C. GREWE, R. KOERING-JOULIN, « De la légalité de l'infraction terroriste... », art. cit., p. 915. C'est nous qui soulignons.

¹⁰³⁷ À propos de la loi G 10, *Ibid.*

¹⁰³⁸ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence... », art. cit., p. 283, ID., et « Le contrôle de proportionnalité exercé... », art. cit., p. 212 et s.

¹⁰³⁹ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003.

Concernant les fouilles de véhicules, après avoir rappelé qu'« il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties [...] »¹⁰⁴⁰, le Conseil constitutionnel a conclu, « s'agissant de visites de véhicules réalisées sur réquisitions du procureur de la République, que la conciliation assurée par ces dispositions entre les principes constitutionnels rappelés ci-dessus *n'est entachée d'aucune erreur manifeste* ; que la liste des infractions figurant au premier alinéa du nouvel article 78-2-2 du code de procédure pénale *n'est pas manifestement excessive* au regard de l'intérêt public qui s'attache à la recherche des auteurs de ces infractions ; que ces dispositions ne méconnaissent pas l'article 66 de la Constitution [...] »¹⁰⁴¹.

Concernant, ensuite, la question des systèmes de fichage prévus aux articles 21 et 25 de la loi¹⁰⁴², le Conseil constitutionnel a, là encore, rappelé la compétence du législateur, « en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », et « d'assurer la conciliation entre, d'une part, la sauvegarde de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la protection de principes et de droits de valeur constitutionnelle et, d'autre part, le respect de la vie privée et des autres droits et libertés constitutionnellement protégés »¹⁰⁴³. Puis, après avoir précisé l'objectif de la disposition, les personnes visées par le fichier, les garanties entourant sa

¹⁰⁴⁰ *Cons. const.* n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Cons. 8.

¹⁰⁴¹ *Cons. const.* n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Cons. 12. V. également les considérants 7 et s., dans lesquels le juge constitutionnel français cite les principes et libertés constitutionnellement garantis.

¹⁰⁴² Quatre types de fichiers étaient concernés par les dispositions législatives :

- ceux relatifs aux personnes recherchées et aux véhicules que l'on peut qualifier de traditionnels (le fichier des personnes recherchées modifié à l'article 23 de la LSI, institué par un arrêté en date du 15 mai 1996, en vertu du décret n° 96-417 du 15 mai 1996, et géré par les ministères de l'Intérieur et de la Défense ; le fichier relatif aux véhicules était mis en place par l'article 26 de la LSI, qui prévoyait un dispositif automatisé de contrôle des données signalétiques des véhicules afin de réduire le vol de ces derniers) ;
- ceux concernant les fichiers d'empreintes génétiques (ce fichier, dit FNAEG, avait été créé par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 sur la prévention et la répression des infractions sexuelles. Il avait, au départ, « une portée strictement encadrée puisqu'il s'agissait seulement de fichier les délinquants sexuels condamnés ». L'esprit de ce fichier avait déjà été modifié par la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, « en étendant de manière significative son domaine ». L'article 29 de la LSI poursuit cette évolution) ;
- le fichier d'informations nominatives (ce dernier fichier intéresse la lutte contre le terrorisme, mais ne lui est pas spécifiquement dédié. La CNIL a regretté l'absence de consultation préalable par le Gouvernement).

V., pour de plus amples précisions sur les nouveautés de la loi, C. CHARBONNEAU, F.-J. PANSIER, « Présentation de la loi du 18 mars 2003 : de la LSQ au LSI », *Gaz. Pal.*, n° 86, 2003, p. 6 et p. 8-9. Ces auteurs jugent d'ailleurs les deux derniers types de fichiers « plus contestables ».

¹⁰⁴³ *Cons. const.* n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Cons. 19 et 20.

manipulation, le juge constitutionnel estime, moyennant une réserve d'interprétation, que « l'ensemble de ces garanties est de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui *n'est pas manifestement déséquilibrée* »¹⁰⁴⁴.

L'examen, par le juge constitutionnel, des nouvelles règles applicables aux visites de véhicules était attendu, car la Loi pour la sécurité intérieure¹⁰⁴⁵ élargissait le domaine de ces fouilles et, notamment, pérennisait le principe des fouilles de véhicules sur réquisition du procureur de la République pour la poursuite de plusieurs infractions, parmi lesquelles celles de terrorisme¹⁰⁴⁶, à l'article 78-2-2 du code de procédure pénale, qui était apparue avec la *loi pour la sécurité quotidienne* (LSQ) du 15 novembre 2001, dans un contexte particulièrement sensible.

Le Conseil constitutionnel n'avait pas été saisi de l'examen de cette loi, qui comportait pourtant tout un chapitre relatif à la lutte contre le terrorisme, inséré en dernière lecture par voie d'amendements au lendemain des attentats du 11 septembre à New York. Un consensus politique s'était créé autour de la gravité de la menace et avait empêché la saisine du juge constitutionnel, malgré quelques propos inquiétants de certains parlementaires sur la constitutionnalité douteuse de plusieurs dispositions du texte.

La décision du juge constitutionnel sur l'une des dispositions phares de la LSQ était attendue par les opposants de ce tout sécuritaire qui émergeait alors.

Ces derniers auront sans doute été déçus par la validation, par le Conseil, du nouveau régime de fouille de véhicules en des termes d'une très grande concision et sans même une réserve d'interprétation, alors que sa jurisprudence passée s'était toujours montrée pointilleuse sur le sujet¹⁰⁴⁷.

V. Goesel-Lebihan souligne également que, dans la décision du 13 mars 2003, les visites de véhicules sur réquisition du procureur, prévues à l'article 11 de

¹⁰⁴⁴ *Cons. const.* n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Cons. 27. Les requérants contestaient la constitutionnalité des articles 21 et 25 de la loi pour plusieurs motifs, que le Conseil constitutionnel a fini par tous repousser, cf. les cons. 28 à 46 de la décision.

¹⁰⁴⁵ Articles 11 à 13 de la Loi du 18 mars 2003. Les requérants contestaient l'ensemble de ces nouvelles règles, en estimant qu'elles portaient « des atteintes excessives au respect de la vie privée, à l'inviolabilité du domicile, à la liberté d'aller et venir et à la liberté individuelle », qu'elles n'offraient qu'une place insuffisante au juge judiciaire et que les articles étaient entachés d'une incompétence négative en raison de l'imprécision qui affecterait leur formulation. Cf. cons. 6 de la décision n° 2003-467 DC.

¹⁰⁴⁶ En matière d'armes et d'explosifs et sur le trafic de stupéfiants, et il l'étendait aux infractions de vol et de recel.

¹⁰⁴⁷ V., notamment, *Cons. const.* n° 76-75 DC du 12 janvier 1977 – Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, cons. n° 5 ; n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 – Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, cons. n° 19 ; n° 97-389 DC du 22 avril 1997 – Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, cons. n° 19.

la loi déferée, font l'objet d'un contrôle *restreint*¹⁰⁴⁸, bien qu'elles soient susceptibles de porter atteinte au respect de la vie privée, à la liberté d'aller et venir et à la liberté individuelle, au sens de l'article 66 de la Constitution¹⁰⁴⁹. L'auteur note alors qu'en associant un motif de valeur constitutionnel et un contrôle *restreint*, le Conseil constitutionnel desserre les contraintes jurisprudentielles autour de la liberté individuelle. Elle y voit « un “avant” (11 septembre 2001 ?), où prévalait un contrôle normal, et un “après” où le Conseil se contente désormais d'exercer un contrôle restreint »¹⁰⁵⁰.

Elle conclut alors que « la liberté individuelle *lato sensu* semble [...] avoir connu une autre évolution, qui constitue l'une des manifestations les plus significatives du réalisme du juge constitutionnel. Depuis le 11 septembre 2001 et, afin de répondre à la menace terroriste grandissante, le contrôle de

¹⁰⁴⁸ Le contrôle restreint s'applique aussi bien aux garanties prévues par la loi qu'à la liste des infractions soumises à cette mesure, alors que, dans d'autres décisions, le degré de contrôle exercé sur une même disposition variait selon que le juge analysait le champ d'application d'une limitation en vertu d'un contrôle restreint et les garanties qui l'entourent selon un contrôle entier. Pour des exemples plus précis de cette approche croisée : V.GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence... », art. cit., p. 278 et s..

¹⁰⁴⁹ *Cons. const.* n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. n° 12, C'est nous qui soulignons. Notons tout de même que l'atteinte à la liberté individuelle, au sens de l'article 66 de la Constitution, semble faire l'objet d'un contrôle entier, puisque le Conseil constitutionnel estime que « ces dispositions ne méconnaissent pas l'article 66 de la Constitution ». Ce qui laisserait encore en vigueur la distinction entre la liberté individuelle *stricto sensu* et *lato sensu*, seule la première étant désormais clairement soumise à un contrôle restreint.

¹⁰⁵⁰ V. GOESEL-LE BIHAN a établi, au départ, une analyse des différents degrés du contrôle à travers l'élaboration d'une grille, dans laquelle prenaient place le motif de la limitation du droit, fournie par le législateur, ainsi que la *nature* du droit lui-même, de premier ou de second rang. Elle note que l'initiateur de cette distinction entre les droits, L. FAVOREU, avait lui-même fini par la remettre en cause, en excluant les premiers critères (possibilité d'une autorisation préalable d'exercice des droits et leur application différenciée) pour lui préférer de nouveaux éléments, tels que la différence des motifs permettant de justifier les limitations apportées à ces droits et le degré du contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil. Elle constate qu'aujourd'hui, un tel quadrillage n'est plus systématiquement confirmé. Dans ses premiers commentaires de la jurisprudence constitutionnelle française, cet auteur démontrait deux tendances illustrant un couplage entre motif de la limitation du droit et degré de contrôle exercé par le juge constitutionnel. (Cf. « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence... », art. cit., p. 270). Ainsi, l'aménagement d'un droit de premier rang – entendu comme bénéficiant d'une protection renforcée, dès lors que le Conseil exigeait que toute limitation de celui-ci se fasse au motif d'une conciliation avec un principe, un objectif ou un autre droit de valeur constitutionnelle – était soumis à un contrôle entier de la proportionnalité de la limitation à l'objectif poursuivi de la part du juge constitutionnel. Les décisions de ce dernier ne laissaient pas apparaître une quelconque référence à une disproportion manifeste de la conciliation opérée par le législateur. À l'inverse, lorsque le Conseil se contentait d'accepter la limitation d'un droit pour un motif d'intérêt général, ce droit pouvait être considéré de second rang, car bénéficiant d'une protection plus réduite que celui de premier rang, et seules les disproportions qualifiées de manifeste se voyaient censurées par le juge des lois illustrant alors un contrôle restreint de proportionnalité. Pour l'auteur, cette distinction du degré de contrôle remettait en question une affirmation, longtemps dominante, en vertu de laquelle le seul contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel était un contrôle restreint (cf. V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé... », art. cit., p. 211). Tout en constatant la validité de cette distinction dans les décisions du Conseil constitutionnel, V. GOESEL-LE BIHAN note toutefois certains « glissements ou raffinements » donnant lieu à l'apparition de figures nouvelles dans le contrôle de proportionnalité et à un contrôle nuancé de la liberté individuelle *lato sensu* (V.GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence... », art. cit., p. 271).

proportionnalité exercé sur les atteintes qui y sont portées est le plus souvent restreint, les atteintes légères à la liberté individuelle *stricto sensu* faisant d'ailleurs l'objet d'un traitement identique »¹⁰⁵¹.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel offre un tableau pour le moins nuancé, suite à l'exercice de degré de contrôle différent sur le champ d'application de la mesure et les garanties¹⁰⁵². Il n'aurait cependant pas cédé à l'appel du tout sécuritaire, en exerçant automatiquement un contrôle restreint sur la majorité des libertés susceptibles d'être aménagées par les lois antiterroristes ni, spécialement, sur les limitations de la liberté individuelle au sens large. Il exerce encore un contrôle normal¹⁰⁵³.

La nuance du degré de contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est heureuse, bien que l'on ne puisse nier que le contrôle restreint a envahi des secteurs qui lui étaient jusqu'alors inconnus.

Ainsi, dans la même décision du 13 mars 2003, le Conseil constitutionnel a exercé un tel contrôle sur les fichiers automatisés de données nominatives, en estimant que la conciliation entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public n'était pas manifestement déséquilibrée¹⁰⁵⁴.

J-E. Schoettl justifie la validation, par le Conseil constitutionnel, des systèmes de traitement automatisé de données nominatives mis en œuvre par les services de police nationale et de gendarmerie nationale dans le cadre de leur mission. Il constate que « la question des fichiers de police et de gendarmerie soulève toujours une certaine émotion en France, pour des raisons historiques que chacun peut comprendre et partager »¹⁰⁵⁵. Cette émotion n'est pas, à sons sens, justifiée, car « la recherche des auteurs d'infractions, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, doit pouvoir avoir recours aux nouvelles technologies ». Aussi, il estime que la LSI a le mérite d'encadrer les fichiers de police qui se sont, dans un premier temps, développés en dehors de toute base légale, et qui « ne présentent pas de risques pour nos libertés, dès lors que la France reste un État de droit [...] leur existence est même nécessaire à la sauvegarde de l'État de droit, puisqu'ils permettent de lutter contre les groupes

¹⁰⁵¹ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé... », art. cit. p. 212.

¹⁰⁵² V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence... », art. cit., p. 278.

¹⁰⁵³ La liberté de mariage, qui compose la liberté personnelle, a été soumise à un contrôle normal dans la décision du 20 novembre 2003, Loi relative à l'immigration et au séjour des étrangers en France et à la nationalité.

¹⁰⁵⁴ *Cons. const.* n° 2003-467 du 13 mars 2003, cons. n° 27.

¹⁰⁵⁵ J-E. SCHOETTL, « La "loi pour la sécurité intérieure" devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.*, 2003, n° 63, p. 12.

mafieux, terroristes et racistes qui menacent les plus élémentaires de nos libertés »¹⁰⁵⁶.

Si l'on peut comprendre ces propos quant à l'utilité de l'existence de fichiers, il est aussi inquiétant de constater comment la volonté de *tout fichier* occupe une place de plus en plus importante dans une société aux prises avec une envie, elle aussi de plus en plus prenante, de sécurité.

Dans cet élan sécuritaire, fut adoptée, trois ans plus tard, la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006¹⁰⁵⁷, dernière étape, à ce jour, de l'arsenal législatif antiterroriste français. Ce dernier étant tout de même déjà bien fourni avant l'adoption de cette loi, ce n'est donc que dans le souci de compléter – encore – les dispositions existantes, en collant mieux à l'évolution et des moyens d'action du phénomène et des moyens de contrôle disponibles, que le Gouvernement amorça le processus législatif. La menace était existante bien sûr, puisqu'elle est depuis 2001, permanente, mais avec les attentats de Madrid, en 2004, et Londres, en 2005, le Gouvernement a décidé qu'en matière de terrorisme il valait mieux « parer les coups que panser les plaies ». C'est pourquoi le rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale évoque la « nécessité d'adopter de nouveaux instruments juridiques permettant une meilleure collecte du renseignement et, par là même, une meilleure prévention du terrorisme »¹⁰⁵⁸.

Le législateur décida donc d'élargir les mécanismes de contrôle pour lutter contre le terrorisme et il inséra, notamment, une procédure de réquisition de données techniques de connexion, « afin de prévenir et de réprimer les actes de terrorisme »¹⁰⁵⁹, et un dispositif de lecture systématique des plaques d'immatriculation, afin de permettre la vérification au fichier des véhicules volés, « afin de prévenir et de réprimer le terrorisme, de faciliter la constatation des infractions s'y rattachant »¹⁰⁶⁰. Ces deux mesures furent déférées au Conseil constitutionnel.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 12.

¹⁰⁵⁷ Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, *J.O.*, 24 janvier 2006, p. 1129.

¹⁰⁵⁸ Alain Marsaud, Rapport n° 2681, commission des lois de l'Assemblée nationale.

¹⁰⁵⁹ L'article 6 de la loi prévoyait, dans cet objectif, que « les agents individuellement désignés et dûment habilités des services de police et de gendarmerie nationales spécialement chargés de » cette mission, puissent « exiger des opérateurs et des personnes mentionnés au I de l'article L. 34-1 » du code des postes et des communications électroniques, « la communication des données conservées et traitées par ces derniers, en application dudit article ».

¹⁰⁶⁰ L'article 8 de la loi du 23 janvier 2006 modifiait l'article 26 de la Loi pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003. Il avait également pour objectif de « [...] faciliter la constatation des infractions criminelles liées à la criminalité organisée au sens de l'article 706-73 du code de procédure pénale, des infractions de vol et de recel de véhicules volés, des infractions de contrebande, d'importation

Dans la décision n° 2005-532 DC, le juge constitutionnel français a censuré l'article 6, en ce qu'il posait « les bases d'un véritable régime administratif d'investigations préventives, qui présentent la caractéristique d'être menées à l'insu de la personne contrôlée »¹⁰⁶¹. Ainsi, à l'exception des mots « et de réprimer », le reste de l'article est déclarée conforme à la Constitution¹⁰⁶².

Concernant l'article 8, le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur a entendu, d'une part, prévenir et réprimer le terrorisme et les infractions qui lui sont liées, d'autre part, faciliter la constatation des crimes, des infractions liées à la criminalité organisée, du vol et recel de véhicules et de certains délits douaniers ; qu'il leur a également assigné, comme finalité, la recherche des auteurs de ces infractions. Il a donc assuré une conciliation qui n'est pas *manifestement déséquilibrée*, « eu égard aux finalités que s'est assignées le législateur et à l'ensemble des garanties qu'il a prévues, les dispositions contestées sont propres à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public »¹⁰⁶³.

Nous retrouvons, ici, le contrôle restreint exercé sur la conciliation, avec le respect de la vie privée dans le domaine des fichiers de données, que le Conseil constitutionnel avait engagé dans la décision sur la loi pour la sécurité intérieure

ou d'exportation commises en bande organisée, prévues et réprimées par le deuxième alinéa de l'article 414 du code des douanes, ainsi que la constatation, lorsqu'elles portent sur des fonds provenant de ces mêmes infractions, de la réalisation ou de la tentative de réalisation des opérations financières définies à l'article 415 du même code et afin de permettre le rassemblement des preuves de ces infractions et la recherche de leurs auteurs, les services de police et de gendarmerie nationales et des douanes peuvent mettre en œuvre des dispositifs fixes ou mobiles de contrôle automatisé des données signalétiques des véhicules prenant la photographie de leurs occupants, en tous points appropriés du territoire, en particulier dans les zones frontalières, portuaires ou aéroportuaires, ainsi que sur les grands axes de transit national ou international. » L'article 8 organise aussi les conditions de leur exploitation et de leur conservation, en fonction du résultat du rapprochement effectué avec les traitements automatisés de données relatifs aux véhicules volés ou signalés.

¹⁰⁶¹ Pour F. ROLIN et S. SLAMA, « l'étendue des garanties paraît toutefois fort limitée ». Ils notent également qu'« il est frappant de constater à quel point les travaux parlementaires révèlent une volonté d'entretenir la confusion entre dispositifs préventifs, destinés à empêcher la commission d'attentats terroristes, et volets répressifs, destinés à identifier et à sanctionner leurs auteurs et complices ». Ils relèvent que « le rapporteur auprès de la commission des lois à l'Assemblée nationale assume d'ailleurs ce "mélange des genres" » lorsqu'il souligne que « l'originalité du système français tient justement au caractère artificiel de cette distinction » (« Les libertés dans l'entonnoir de la législation... », art. cit., p. 981).

¹⁰⁶² Pour le reste, il rejette les autres griefs des requérants. Tout d'abord, la liberté individuelle ne peut être méconnue par une simple procédure de réquisition de données techniques (cons. 8). Ensuite, le législateur a su entourer la procédure de réquisition de données techniques des limitations et précautions suffisantes – que le Conseil constitutionnel a pris soin de souligner au préalable en reprenant *l'esprit* du texte au deuxième considérant – afin de concilier « d'une part, le respect de la vie privée des personnes et la liberté d'entreprendre des opérateurs, et, d'autre part, la prévention des actes terroristes, à laquelle concourt ladite procédure » (*Cons. const.* n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, cons. 10). Cette dernière entrant dans « la prévention des atteintes à l'ordre public, nécessaire à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle » (cons. 9). Enfin, les personnes ayant un intérêt à agir peuvent le faire en vertu des garanties juridictionnelles de droit commun dont sont assorties les mesures de police administrative. Leur droit au recours n'est donc pas méconnu (cons. 11 et 12).

¹⁰⁶³ *Cons. const.* n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, cons. 19 et 20.

de 2003. Cette nouvelle décision confirme que le juge constitutionnel français met en place, en la matière, un contrôle « global et restreint »¹⁰⁶⁴.

Le Conseil constitutionnel n'a donc pas vu, dans ces mesures, ce que les requérants considéraient comme un véritable « système généralisé de contrôle »¹⁰⁶⁵. Cette nouvelle version de l'article 26 de la loi pour la sécurité intérieure disposait d'un champ d'application qui, visant aussi bien la prévention que la répression des infractions, était bien étendu. Malgré les garanties posées, certains s'étonnent qu'il ait échappé à la censure du Conseil constitutionnel¹⁰⁶⁶.

L'évolution de la législation antiterroriste française illustre parfaitement comment la lutte contre le phénomène envahit tous les secteurs pour ressembler à un très large spectre sécuritaire, validé, pour les dispositions déferées, par le juge constitutionnel. L'expansion de cette législation implique une augmentation quantitative et/ou qualitative des limitations de la sphère individuelle, d'autant plus que l'opinion publique se montre spontanément conciliante en raison de la promesse de sécurité que ces mesures véhiculent.

La seule parade que le juge constitutionnel trouve alors pour assurer son office en faisant preuve de réalisme est de se limiter à une notion de proportionnalité plus globale. Ce choix est opportun, dès lors qu'il permet de maintenir la législation antiterroriste dans un cadre démocratique. Il entraîne cependant un contrôle plus souple, qui, pour ne pas disparaître, doit être savamment dosé.

¹⁰⁶⁴ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence... », art. cit., p. 280. L'auteur constate que, jusqu'à la décision de 2003, le droit au respect de la vie privée a toujours été protégé par un contrôle entier de la part du juge constitutionnel, et ce, aussi bien lorsque ce droit est apparu comme aspect de la liberté individuelle que lorsqu'il en a été détaché pour trouver un fondement dans les articles 2 et 4 de la DDHC. Elle cite, à l'appui de sa démonstration, les six décisions rendues sur le respect de la vie privée, pour remarquer qu'elles exigent soit « la mise en place de garanties de nature à sauvegarder l'exercice des libertés individuelles » (décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*) ; soit font référence à des « atteintes excessives au droit de l'intéressé au respect de sa vie familiale et privée » (décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*) ; soit précisent que « le législateur a fixé en l'espèce des modalités assurant le respect de la vie privée » (décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*), que les garanties apportées « sont de nature à sauvegarder le respect de la vie privée » (*même décision*) ou que « la disposition critiquée [...] ne porte pas au respect de la vie privée une atteinte [...] de nature à méconnaître l'article 2 de la Déclaration » (décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*), soit, enfin, mais seulement pour deux d'entre elles, se contentent d'affirmer que le législateur « n'a pas porté atteinte au principe du respect de la vie privée » (décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*) ou de rejeter le grief tiré de la « méconnaissance des exigences constitutionnelles relatives à la protection de la vie privée et de la liberté individuelle » (décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*) ».

¹⁰⁶⁵ Lettre de saisine des députés, point n° 3. 2, disponible sur le *site du Conseil constitutionnel*.

¹⁰⁶⁶ F. ROLIN, S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation... », art. cit., p. 980.

Section 2 : L'assouplissement du contrôle de constitutionnalité

L'impact de la gravité de la menace terroriste sur le contrôle de constitutionnalité et, fréquemment, sur le contrôle de proportionnalité, globalise le contrôle et le restreint dans des proportions assez importantes, que les juges constitutionnels eux-mêmes ne devaient pas imaginer lorsqu'ils ont rendu leurs premières décisions sur ce pan de la législation. Lorsque cet impact se complète par la permanence de la menace terroriste, c'est tout un ensemble de repères démocratiques qui se trouvent bouleversés et qui oblige le juge constitutionnel à naviguer dans des zones troubles, comme le prouve, notamment, la décision du 2 mars 2004, du Conseil constitutionnel français (§ 1).

Le juge constitutionnel français n'est pas le seul à mesurer la perméabilité des frontières entre l'exceptionnel et l'ordinaire. Son homologue espagnol en avait déjà perçu le caractère insidieux dans la décision 71/1994, dans laquelle il se livre à une lecture plus souple des garanties exigées par l'article 55-2 de la Constitution espagnole (§ 2).

§ 1 – La compression du contrôle de constitutionnalité français

Face à une menace terroriste permanente et de gravité croissante, le juge constitutionnel a tendance à réduire son contrôle dans des proportions importantes, tout en essayant de maintenir une efficacité au travers de l'exigence de garanties (A).

Cette attitude nous paraît être la conséquence d'une évolution des frontières entre l'ordinaire et l'exception, au milieu desquelles le terrorisme navigue sans trouver de place définitive. La jurisprudence du Conseil constitutionnel français, seule juridiction dont nous pouvons examiner les réactions ces dernières années, la met en évidence de manière assez frappante (B).

A. L'impact de la gravité de la menace terroriste sur le contrôle

L'impact du terrorisme sur le contrôle de constitutionnalité a pu être accepté sans trop de difficultés alors que les premières lois antiterroristes apparaissaient pour gérer, à ce moment-là, *un véritable fait exceptionnel*. Nous avons vu que la singularité du terrorisme s'est en effet imposée avec force au sein du

contentieux de constitutionnalité des trois juridictions qui font l'objet de notre étude, pour légitimer un *autre* aménagement des droits fondamentaux ¹⁰⁶⁷.

Cette influence devient, en revanche, beaucoup plus problématique à l'heure actuelle. Elle n'est cependant que la conséquence de l'approche politique du phénomène, qui octroie au terrorisme une place à la fois *exceptionnelle* dans l'ordonnancement et *quasi ordinaire*, en multipliant les dispositifs normatifs de lutte et en les pérennisant.

Le juge constitutionnel se trouve être, en conséquence, dans une position bien délicate et choisit de développer un contrôle global des dispositions antiterroristes, qui présente l'avantage d'être au moins *un* contrôle. La globalisation du contrôle de constitutionnalité est en effet un moyen, pour le juge constitutionnel, d'assurer un cadre à la législation antiterroriste, même si cela implique que ce cadre soit plus *relâché*.

C'est pourquoi l'analyse de la proportionnalité des mesures antiterroristes se trouve être revisitée, au point de conduire le Conseil constitutionnel à exercer un contrôle de compatibilité.

Certes, cette réduction excessive de l'étendue du contrôle de constitutionnalité n'est pas une nouveauté qui a surgi au lendemain du 11 septembre 2001.

Depuis longtemps, certains auteurs ont vu dans le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel une division du contrôle autour de trois degrés : maximum, normal et minimum ¹⁰⁶⁸. Dans ce dernier, « le lien de la règle contrôlée à la norme de référence est [...] des plus lâches. Il se ramène à un simple impératif de cohérence de la ou des mesures législatives en cause par rapport au but que la loi s'est elle-même fixée ¹⁰⁶⁹. Le Conseil constitutionnel y censurait, déjà, les erreurs manifestes d'appréciation du législateur.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel au cours de ces dernières années confirme que le législateur « n'est pas soumis à un respect scrupuleux des principes constitutionnels, il est seulement tenu de ne pas dépasser un seuil de

¹⁰⁶⁷ Cf. nos développements du titre second de la première Partie et spécialement du chapitre 2.

¹⁰⁶⁸ Cl. FRANCK, « L'évolution des méthodes de protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel sous la septième législature », *J.C.P.*, I, 1986, n° 3256. L'auteur souligne que « avant 1981, le contrôle juridictionnel du Conseil constitutionnel était régi par un seul rapport de constitutionnalité, c'est-à-dire un mode unique de relation de subordination de la règle législative à la norme suprême. [...] À ce mode de contrôle qui peut être appelé *normal*, sont venus s'en ajouter deux autres sous la septième législature : l'un, *maximum*, resserre les liens entre les deux termes du rapport de constitutionnalité au point d'en faire une relation de rigoureuse conformité, alors que l'autre, *minimum*, les relâche jusqu'à n'être plus qu'un défaut d'erreur manifeste d'appréciation ».

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

tolérance dans la non-conformité.¹⁰⁷⁰ » Ainsi, « l'exigence de conformité à la Constitution est alors considérablement assouplie : au rapport de stricte conformité se substitue un rapport de simple compatibilité »¹⁰⁷¹.

Ces rapports entre le Conseil constitutionnel et ce que le législateur peut *plus ou moins faire* à la norme constitutionnelle¹⁰⁷² n'ont pas évolué de manière substantielle dans leur approche générale.

En revanche, ce qui nous semble plus problématique aujourd'hui, est que l'appréciation *du plus ou moins* s'établit au regard de normes législatives qui vont *de plus en plus* loin dans la limitation de la sphère de libertés des individus.

Au fil des avancées de la loi sur cette sphère, le Conseil constitutionnel s'adapte et revoit, au coup par coup, sa position, au point que les repères se modifient et que la norme constitutionnelle absorbe de nouvelles tensions.

La dangerosité de ce mouvement est à son apogée dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, puisque « de façon presque paradoxale, les mécanismes de contrôle de l'action de l'État, qu'ils soient le fait du Conseil constitutionnel ou de la Cour européenne des droits de l'Homme, s'amenuisent au fur et à mesure que se renforcent les mécanismes de protection contre le terrorisme. Le paradoxe n'est qu'apparent, car l'intensification de la riposte allant de pair avec celle de la menace terroriste, elle suppose forcément une limitation croissante des droits et libertés individuels. Or, l'intensité du contrôle est inversement proportionnelle à celle de la menace car, plus celle-ci sera exceptionnelle, plus grande sera la latitude accordée à l'État »¹⁰⁷³.

Le Conseil constitutionnel essaie alors de sortir de cette spirale en maintenant une position ferme consistant à accepter des assouplissements de la norme constitutionnelle tout en les compensant par l'exigence de garanties minimales.

La Cour européenne des droits de l'Homme agit également de la sorte, en accordant une importance particulière aux garanties procédurales entourant les

¹⁰⁷⁰ A. JENNEQUIN, « Le contrôle de compatibilité avec la Constitution en matière de droit pénal », *A.J.D.A.*, 2008, p. 594.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*

¹⁰⁷² Ainsi, Cl. FRANCK note que « le contrôle minimum [...] au lieu de trancher la question de constitutionnalité par l'affirmative ou par la négative, y répond en termes de plus ou de moins » ; émerge alors « un rapport de constitutionnalité pour le moins étrange, puisque le législateur peut déroger un peu, mais pas trop, à un principe constitutionnel ». *Ibid.*

¹⁰⁷³ M. GARRIGOS, *Les aspects procéduraux de la lutte contre le terrorisme – Étude de droit interne et international*, Thèse soutenue à l'Université Panthéon – La Sorbonne – Paris 1, sous la direction de Mme le professeur GUIDICELLI-DELAGE, 2004, p. 86.

mesures. Tout en reconnaissant une large marge de pouvoir discrétionnaire aux législateurs nationaux quant aux choix des mesures de surveillance, elle précise que « quel que soit le système de surveillance retenu, la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus. Cette appréciation ne revêt qu'un caractère relatif : elle dépend de toutes les circonstances de la cause, par exemple la nature, l'étendue et la durée des mesures éventuelles, les raisons requises pour les ordonner, les autorités compétentes pour les permettre, exécuter et contrôler, le type de recours fourni par le droit interne »¹⁰⁷⁴.

De la même manière, elle vérifie la proportionnalité des mesures nationales en prenant en compte le danger des actes de terrorisme et la nécessité de sauvegarder la démocratie. Pour ce faire, elle apprécie les dispositions nationales ayant donné lieu à sa saisine, en recherchant si elles sont « proportionnées aux buts légitimes poursuivis » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants »¹⁰⁷⁵.

Ceci la conduit, par exemple, dans l'arrêt *Zana*, dans lequel le requérant soutenait la violation de l'article 10 de la Convention, relatif à la liberté d'expression, à affirmer que les principes fondamentaux qui se dégagent de ses arrêts sur cet article « s'appliquent également à des mesures prises par les autorités nationales dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, en vue d'assurer la sécurité nationale et la sûreté publique », ce qui implique qu'elle doit « rechercher si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental d'un individu à la liberté d'expression et le droit légitime d'une société démocratique de se protéger contre les agissements d'organisations terroristes », en prenant en considération « [les] circonstances de chaque affaire et [...] la marge d'appréciation dont dispose l'État »¹⁰⁷⁶. Elle se livre alors, dans cette espèce, à une analyse détaillée des propos tenus par les requérants en prenant soin de les replacer dans le contexte spécifique de troubles qui régnait au moment de leur publication dans le sud-est de la Turquie, pour conclure que « compte tenu de tous ces éléments, et eu égard à la marge d'appréciation dont bénéficient les autorités nationales dans un tel cas, la Cour estime que l'ingérence litigieuse était

¹⁰⁷⁴ Cour EDH, 6 septembre 1978, *Klass*, §49 et 50. La Cour européenne avait pris soin de préciser, au préalable, que « les États contractants ne disposent pas pour autant d'une latitude illimitée pour assujettir à des mesures de surveillance secrète les personnes soumises à leur juridiction. Consciente du danger, inhérent à pareille loi, de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre, elle affirme qu'ils ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée. »

¹⁰⁷⁵ Cour EDH, *Lingens c. Autriche* du 8 juillet 1986, série A, n° 103, p. 25-26, §40 ; *Barfod c. Danemark* du 22 février 1989, série A n° 149, p. 12, § 28.

¹⁰⁷⁶ Cour EDH, *Zana c/Turquie* du 25 novembre 1997, § 51 et 55.

proportionnée aux buts légitimes poursuivis. Partant, il n’y a pas eu violation de l’article 10 de la Convention » ¹⁰⁷⁷.

La vigilance du Conseil constitutionnel au regard des garanties prévues par le législateur – qu’il n’hésite d’ailleurs pas à rappeler lorsqu’elles sont contenues dans le texte législatif dans de longs considérants – est rassurante, même si elle ne peut occulter que, d’une part, la porte est ouverte à des aménagements toujours plus restrictifs dès lors que les garanties essentielles sont prévues et, d’autre part, l’exigence même des garanties est peut-être amenée à être revue à la baisse.

Elle est cependant la voie médiane la plus sûre pour le juge constitutionnel français, notamment dans un contexte où la perception du terrorisme navigue entre fait *exceptionnel* et fait *ordinaire*.

B. La place incertaine du terrorisme dans l’ordonnancement

Pour exercer le contrôle de constitutionnalité, le juge constitutionnel se calque sur l’évolution législative du phénomène terroriste. Or, cette dernière navigue entre le maintien d’une conception sévère et exceptionnelle du terrorisme, qui s’illustre par des règles adaptées à ses spécificités et l’acceptation du terrorisme en tant que fait criminel ordinaire, une forme de banalisation en somme, qui s’exprime par l’intégration des règles procédurales applicables aux infractions de terrorisme, dans celles, plus vastes, de la criminalité organisée au sens large.

Le Conseil constitutionnel a ainsi rendu des décisions qui peuvent appartenir à chacune de ses conceptions.

Dans la décision n° 2004-492 DC, relative à la loi “Perben II” ¹⁰⁷⁸, le Conseil constitutionnel a été saisi de l’examen de dispositions pénales dans

¹⁰⁷⁷ Cour EDH, *Zana c/Turquie* du 25 novembre 1997, § 62.

¹⁰⁷⁸ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*. La loi déférée au Conseil constitutionnel, dans l’espèce, instaurait un certain nombre de mesures nouvelles pour lutter contre la délinquance et le crime organisé. Parmi les dispositions contestées expressément par les requérants, figurait l’article 14 de la loi, qui autorisait la prolongation de la durée de la garde à vue (pouvant aller jusqu’à quatre-vingt-seize heures selon les infractions) et du report de l’entretien avec un avocat pour tout gardé à vue (intervenant à la soixante-douzième heure au plus tard). Dans la liste des infractions listées au titre de la criminalité organisée, par l’article 706-73 du code de procédure pénale, inséré par la loi déférée, apparaissaient, en toute logique, les crimes et délits constituant des actes de terrorisme.

lesquelles l'infraction de terrorisme n'est pas la seule à être concernée par des règles singulières.

Il a ainsi validé la prolongation du délai de garde à vue par les nouvelles dispositions de l'article 706-88 du code de procédure pénale pour quinze crimes et délits, qui avaient pour point commun une certaine gravité et le fait d'être commis en bande organisée, car cela vise « des enquêtes portant sur des infractions *déterminées* appelant, en raison de *leur gravité et de leur complexité*, des investigations *particulières* »¹⁰⁷⁹. Avant de conclure que la disposition ne porte pas une *atteinte excessive* à la liberté individuelle, le juge a pris soin de souligner que les dispositions prévoyaient les garanties suffisantes pour une telle mesure coercitive.

La formulation du considérant final dans la décision de 2004 est exactement identique à celle retenue par le Conseil constitutionnel, dans la décision n° 86-213 DC au sujet de la légitimité de la prolongation de garde à vue¹⁰⁸⁰ dans le cadre exclusif des enquêtes portant sur le terrorisme.

La loi *Perben II* incluait les actes de terrorisme dans la liste des infractions que le Conseil constitutionnel qualifie pour justifier les atteintes portées par les dispositions déferées à la liberté individuelle. Les dispositions introduites par la loi ne créaient toutefois aucune nouveauté pour le régime des actes de terrorisme, précisément car ce dernier prévoyait, déjà, une durée de garde à vue pouvant aller jusqu'à quatre-vingt-seize heures et un entretien avec un avocat à compter de la sixième heure¹⁰⁸¹.

Le raisonnement du Conseil constitutionnel mérite pourtant d'être souligné pour deux raisons. D'une part, en examinant l'ensemble des infractions contenues dans le texte déferé, le Conseil constitutionnel confirme, certes indirectement, la qualité de l'infraction de terrorisme et les raisons qui expliquent d'autres règles de garde à vue. D'autre part, le groupe des infractions graves et complexes nécessitant des investigations particulières est élargi à de nouveaux comportements. La validation de la prolongation de la garde à vue dans cette décision, ajoutée à celle du report de l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue¹⁰⁸² et de la prolongation de la mesure pour les mineurs¹⁰⁸³, en des

¹⁰⁷⁹ *Cons. const.* n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 25. C'est nous qui soulignons.

¹⁰⁸⁰ Cf. nos développements sur cette décision dans le chapitre 2 du titre 2 de la première Partie.

¹⁰⁸¹ En vertu de l'article 706-23 du code de procédure pénale, abrogé par la loi n° 2004-204 présentement déferée au Conseil constitutionnel et de l'ancienne version de l'article 63-4 du même code, modifié par la loi déferée.

¹⁰⁸² Le report de l'intervention de l'avocat est, quant à lui, justifié par « la *gravité et la complexité* des infractions concernées », et si le nouvel article 63-4 du code de procédure pénale « modifie les modalités d'exercice des droits de la défense, [il] n'en remet pas en cause le principe », (cf. *Cons. const.* n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 32. C'est nous qui soulignons). Il est intéressant de constater que, si dans la décision n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, le Conseil constitutionnel avait déjà admis la constitutionnalité de la mesure reportant l'intervention de l'avocat au cours d'une garde à vue pour des

termes identiques, souligne l'émergence d'un nouveau groupe d'infractions particulièrement menaçantes pour l'État parmi lesquelles le terrorisme trouve sa place ¹⁰⁸⁴.

En effet, par ces aspects législatifs, validés par la jurisprudence constitutionnelle, le régime dérogatoire réservé aux infractions de terrorisme s'étend à plusieurs autres infractions, si bien que l'on peut interpréter ce mouvement dans deux sens opposés. En effet, soit il s'agit d'une *normalisation* du terrorisme, soit il s'agit d'un élargissement très net du régime dérogatoire au droit commun, qui s'applique alors à « une seconde [branche] de la procédure pénale » ¹⁰⁸⁵.

Le président Mazeaud admet qu'avec la loi *Perben II*, « les dispositions applicables en matière de terrorisme ont servi de matrice à un régime élargi au champ de la criminalité organisée » ¹⁰⁸⁶. Il conclut qu'« elles ont donc perdu une part de leur spécificité ».

L'évolution progressive de l'infraction de terrorisme au sein de l'ordonnement français, depuis 1996, lui confère aujourd'hui le statut d'un des actes les plus graves d'un réseau plus vaste de commissions de crimes et de délits. Certains auteurs ont alors parlé de « “normalisation de l'exception”, c'est-à-dire que la construction de l'outil juridique pénal est passé d'une logique visant à créer

infractions de terrorisme et en matière de stupéfiants, en raison de la *nature* de ces infractions, il justifie, dans la décision de 2004, cette même mesure en raison de la *gravité et de la complexité* des infractions. Il avait été amené à examiner la constitutionnalité de la mesure sous l'angle du principe d'égalité. Dans la décision n° 2004-492 DC, il doit, cette fois-ci, se prononcer sur la même mesure, pour d'autres infractions que celles de terrorisme, sous l'angle du respect de la liberté individuelle et des droits de la défense. Cela n'est pas étonnant. En revanche, ce qui l'est plus est que dans la décision de 2004, le Conseil constitutionnel appuie son raisonnement en reprenant le considérant n° 17 de la décision de 1994 relatif à la compétence du législateur à créer des discriminations justifiées. Le considérant n° 30 de la décision de 2004 est ainsi rédigé : « Le législateur, compétent pour fixer les règles de la procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, [peut] prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, mais à la condition que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense. »

¹⁰⁸³ *Cons. const.* n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 38. C'est nous qui soulignons. Il précise que le législateur a subordonné leur application aux mineurs, « à la double condition qu'ils aient plus de seize ans et qu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que des adultes sont impliqués dans la commission des faits ».

¹⁰⁸⁴ Les dispositions spécifiques à la poursuite et au jugement des infractions de terrorisme restent cependant des exceptions au régime dérogatoire de l'article 706-73 du code de procédure pénale, au même titre, d'ailleurs, que les infractions en matière de stupéfiants et de proxénétisme.

¹⁰⁸⁵ Y. BISIQU, « Enquête proactive et lutte contre la criminalité organisée », in M.-L. CESONI (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2007, p. 349.

¹⁰⁸⁶ P. MAZEAUD, « La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Allocution lors de la visite à la Cour suprême du Canada*, 24-26 avril 2006, [www.conseil-constitutionnel.fr].

un régime dérogatoire pour répondre à un phénomène précis, à “une logique qui fait appel à la criminalité organisée pour, d’une part, élargir le champ d’intervention du système pénal en général et, d’autre part, [renforcer l’introduction] de procédures dérogatoires au droit commun et à certains principes fondamentaux” »¹⁰⁸⁷.

La frontière entre l’ordinaire et l’exception n’est plus si nette pour le législateur d’abord, pour le juge constitutionnel ensuite. On ne sait si le terrorisme est toujours aussi exceptionnel et a été rejoint par un ensemble d’infractions créant ainsi une nouvelle branche du droit pénal ou, à l’inverse, si le terrorisme a perdu de son *exceptionnalité* pour se banaliser et devenir aussi dangereux que des infractions plus *ordinaires* ? Il s’agit aussi peut-être d’un dédoublement de l’un de ces deux *stades* ou la création d’un niveau *intermédiaire*.

Le brouillage entre ordinaire et exception¹⁰⁸⁸ est aussi ponctuellement renforcé. Ainsi, lorsque le législateur a autorisé une prolongation de la garde à vue en matière de terrorisme jusqu’à cent-quarante-quatre heures, dans la loi du 23 janvier 2006.

Bien que saisi de plusieurs dispositions de cette loi, le Conseil constitutionnel ne s’est pas prononcé expressément¹⁰⁸⁹ sur la constitutionnalité de cette mesure. Quelques mois après la décision, P. Mazeaud notait que « la question des limites au-delà desquelles la durée de la garde à vue ne pourrait plus être constitutionnellement admise » doit être posée, et concluait « que l’on approche des limites ultimes »¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁷ V. THIBAUD, « Législation antiterroriste, lutte contre la criminalité organisée : le Conseil constitutionnel face aux politiques pénales contemporaines », Communication au VII^e Congrès de l’AFDC, Paris, septembre 2008, p. 13, disponible [www.afdc.fr] ; M.-L. CESONI, « Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité organisée : paradigme de l’efficacité et désuétude des principes fondamentaux. Introduction générale », in CESONI (M.-L.) (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité...*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁸⁸ On assiste également, dans la lignée de ce premier brouillage, à une confusion entre dangerosité et culpabilité, peines et mesures de sûreté. M. DELMAS-MARTY met en exergue un mouvement de « déshumanisation du droit pénal » et prend en exemple les décisions du Conseil constitutionnel n° 2007-554 DC du 9 août 2007, *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs* et n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, cf. M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûretés dans un monde dangereux*, Paris, Éditions du Seuil, 2010, p. 41 et s.

¹⁰⁸⁹ Pour P. MAZEAUD, « même si cela n’apparaît pas dans la décision, le Conseil les a examinées d’office ». Cela s’imposait à son sens « au regard de l’atteinte qu’elles portent à la liberté individuelle », in « La lutte contre le terrorisme ... », art. cit., p. 9.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*

Le Conseil constitutionnel a pourtant validé de manière très formelle cette durée de garde à vue, au travers de la nouvelle procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, dans une décision du 22 septembre 2010 ¹⁰⁹¹.

Le juge constitutionnel français a validé la prolongation d'une garde à vue en cours dans une telle proportion, comme le précise le texte de loi, « s'il ressort des premiers éléments de l'enquête ou de la garde à vue elle-même qu'il existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger ou que les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement ».

Cette possibilité de prolongation a été rendue possible suite à la modification de l'article 706-88 du code de procédure pénale par l'article 17 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers ¹⁰⁹². Avant cette loi, l'article 706-88 du code de procédure pénale permettait une garde à vue en matière d'infractions de terrorisme de quatre-vingt-seize heures.

Le Conseil constitutionnel a pu examiner, en septembre 2010, la constitutionnalité des quatre derniers alinéas de l'article 706-88 du code de procédure pénale, car il n'avait pas procédé à leur contrôle dans la décision n° 2005-532 DC, rendue sur la loi du 23 janvier 2006. En revanche, il a exclu un nouvel examen des six premiers alinéas de l'article du code de procédure pénale, en raison de l'absence de changements de circonstances depuis la décision n° 2004-492 DC, au cours de laquelle il avait déjà procédé à un tel examen.

Le juge constitutionnel français justifie la prolongation de la garde à vue en affirmant « *qu'il ressort des travaux parlementaires* qu'une telle dérogation ne peut

¹⁰⁹¹ *Cons. const.* n° 2010-31 QPC du 22 septembre 2010, *Mr Bulent A. et autres* [garde à vue terrorisme]

¹⁰⁹² Cet article insérait à l'article 706-88 du code de procédure pénale les quatre alinéas suivants :

« S'il ressort des premiers éléments de l'enquête ou de la garde à vue elle-même qu'il existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger ou que les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement, le juge des libertés peut, à titre exceptionnel et selon les modalités prévues au deuxième alinéa, décider que la garde à vue en cours d'une personne, se fondant sur l'une des infractions visées au 11° de l'article 706-73, fera l'objet d'une prolongation supplémentaire de vingt-quatre heures, renouvelable une fois. » « À l'expiration de la quatre-vingt-seizième heure et de la cent-vingtième heure, la personne, dont la prolongation de la garde à vue est ainsi décidée, peut demander à s'entretenir avec un avocat, selon les modalités prévues par l'article 63-4. La personne gardée à vue est avisée de ce droit dès la notification de la prolongation prévue au présent article. » « Outre la possibilité d'examen médical effectué sur l'initiative du gardé à vue, dès le début de chacune des deux prolongations supplémentaires, il est obligatoirement examiné par un médecin désigné par le procureur de la République, le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire. Le médecin requis devra se prononcer sur la compatibilité de la prolongation de la mesure avec l'état de santé de l'intéressé. » « S'il n'a pas été fait droit à la demande de la personne gardée à vue de faire prévenir, par téléphone, une personne avec laquelle elle vit habituellement ou l'un de ses parents en ligne directe, l'un de ses frères et sœurs ou son employeur, de la mesure dont elle est l'objet, dans les conditions prévues aux articles 63-1 et 63-2, elle peut réitérer cette demande à compter de la quatre-vingt-seizième heure. »

être autorisée que pour permettre d'empêcher la réalisation d'une action terroriste en France ou à l'étranger dont l'imminence a été établie soit grâce aux éléments recueillis dans le cadre de l'enquête ou de la garde à vue elle-même, soit dans le cadre de la coopération internationale ; qu'ainsi, elle ne peut être mise en œuvre qu'à titre *exceptionnel* pour protéger la sécurité des personnes et des biens contre une menace terroriste *imminente* et précisément identifiée » ¹⁰⁹³.

Après avoir souligné que la prolongation devait être décidée par le juge des libertés, auquel il appartient de vérifier que les circonstances précises fixées par ces dispositions sont réunies, il conclut que « dans ces conditions, et compte tenu des garanties fixées par le législateur, ces dispositions respectent le principe, découlant de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire, et de l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la protection de la liberté individuelle ; que ces dispositions ne portent atteinte à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ».

Cette décision du juge constitutionnel français intervient après une autre décision, en date du 30 juillet 2010 ¹⁰⁹⁴, également rendue suite à une question prioritaire de constitutionnalité, par laquelle il a déclaré l'inconstitutionnalité des articles organisant le régime de droit commun de la garde à vue. Il a ainsi impulsé une vaste refonte de ce régime.

La loi n° 2011-392, qui a procédé à la mise en conformité du régime de garde à vue à la décision du Conseil constitutionnel, a modifié, alors que le Conseil constitutionnel avait validé la prolongation de la garde à vue en matière de terrorisme de six jours, l'article 706-88 du code de procédure pénale, qui, désormais, prévoit une garde à vue de quatre-vingt-seize heures maximum, comme cela était le cas auparavant.

Il est assez frappant de constater que dans la décision QPC de septembre 2010, le Conseil constitutionnel renvoie de manière laconique aux travaux parlementaires et s'accommode du caractère *à part* du terrorisme pour valider la prolongation de la garde à vue jusqu'à six jours. Nul changement, pour l'instant, de la rédaction des motivations de la décision du Conseil constitutionnel, malgré la concrétisation du contrôle au travers de la QPC ¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹³ Cons. const. n° 2010-31 QPC du 22 septembre 2009, *Mr Bulent A. et autres* [garde à vue terrorisme], cons. n° 5.

¹⁰⁹⁴ Cons. const. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *Mr Daniel W. et autres* [garde à vue].

¹⁰⁹⁵ V. GOESEL-LE BIHAN notait le caractère lapidaire des motivations des décisions du Conseil constitutionnels qui consistaient « toujours en une énumération des garanties légales, qui pour être consciencieusement rappelées, sont simplement mises en relation avec l'objectif poursuivi ». Elle pensait que le caractère du contrôle, *a priori* et abstrait, « n'était pas étranger à cette réalité ». Elle

Finalement, l'intensification de la menace terroriste au fil des ans aura entraîné l'augmentation du délai de garde à vue. De soixante-douze heures en 1986, à cent-quarante-quatre heures en 2006.

Difficile de voir, en cette mesure, la gestion d'un problème *plus ordinaire*. La confusion est alors entretenue, si bien que le Conseil constitutionnel préfère adopter une attitude prudente et, certainement réaliste, en concédant un peu d'espace à la disposition législative antiterroriste pour la maintenir dans un cadre démocratique qui, lui-même, connaît des flottements de frontières.

Ce relâchement du contrôle, induit pas la permanence de la menace terroriste et, en conséquence, des dispositifs de lutte, se constate aussi dans une décision du Tribunal constitutionnel espagnol.

§ 2 – La lecture assouplie de la garantie du contrôle parlementaire adéquat par le Tribunal constitutionnel espagnol

Le Tribunal constitutionnel a adopté, dans la décision 71/1994, une interprétation souple de l'exigence du « contrôle parlementaire adéquat » par l'article 55-2, de la Constitution espagnole ¹⁰⁹⁶, en considérant que l'omission par la loi organique 4/1988 de toute prévision relative au contrôle parlementaire adéquat, n'était pas inconstitutionnelle ¹⁰⁹⁷ (A).

Après avoir précisément encadré – et préservé – l'exigence d'une intervention judiciaire « nécessaire » au sens de l'article 55-2 de la Constitution dans la décision 199/1987, le juge constitutionnel espagnol a, en l'espèce, éclairci la portée de la garantie du contrôle parlementaire en en anéantissant la portée, au terme d'un raisonnement paradoxal, qui reflète l'impact de la pérennisation des dispositifs antiterroristes sur le contrôle de constitutionnalité (B).

augurerait donc, en conclusion, que l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité puisse subjectiver le contrôle et le concrétiser, puisque l'appréciation de l'objectif poursuivi, et donc la disproportion, devait se faire *in concreto* avec le recul de l'expérience. Pour l'instant, ces remarques n'ont pas été confirmées. Cf. « France... », art. cit., p. 211.

¹⁰⁹⁶ Cf. annexe.

¹⁰⁹⁷ La question était déjà soulignée à l'issue de l'adoption de la loi organique, avant même que le Tribunal constitutionnel ne soit saisi par le Parlement basque. V. D. RAMOS GANCEDO, « Disposición adicional », in M. COBO DEL ROSAL (dir.), M. BAJO FERNANDEZ, *Comentarios a la legislación penal, Tomo XI : La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas terrorismo y rebelión*, Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 1990, p. 545-546.

A. La validation constitutionnelle de l'omission législative de la garantie du contrôle parlementaire adéquat

L'article 55-2, de la Constitution espagnole, prévoit un certain nombre de garanties à la suspension des droits fondamentaux. Contrepoids inévitable, en quelque sorte, d'une autorisation donnée au législateur organique de porter gravement atteinte aux droits des citoyens dans le cadre des enquêtes sur les actes de terrorisme, le constituant a prévu plusieurs garanties ¹⁰⁹⁸, parmi lesquelles on retrouve l'obligation d'agir par le biais d'une loi organique, la nécessité de prévoir une intervention judiciaire, la mise en place d'une responsabilité pénale pour toute utilisation injustifiée ou abusive des facultés reconnues dans les lois organiques d'application de ce précepte constitutionnel, et enfin, la prévision d'un contrôle parlementaire adéquat.

Dans la décision 71/1994, le Tribunal constitutionnel a pourtant considéré que la prévision du contrôle parlementaire adéquat par la loi organique mettant en œuvre l'article 55-2 de la Constitution espagnole, n'était pas un élément indispensable du texte.

Cette décision doit être replacée dans son contexte, afin de mieux mesurer l'impact de la position du Tribunal constitutionnel. En effet, c'est une décision dans laquelle le Tribunal constitutionnel a confirmé sa jurisprudence sur la nature et le sens de l'habilitation conférée au législateur organique par les constituants pour suspendre les droits fondamentaux, jurisprudence qui s'était, jusqu'à cette date, montrée très soucieuse de concilier le mécanisme de suspension avec la qualité de l'État de droit espagnol. Elle est, de plus, la dernière décision en date du Tribunal constitutionnel sur une loi antiterroriste d'application de l'article 55-2 de la Constitution, ce qui implique que le juge constitutionnel n'est pas revenu sur la position adoptée dans la *STC* 71/1994. Enfin, la décision 71/1994 a pour objet l'examen de la constitutionnalité des dispositions de la loi organique 4/1988, qui était la première loi d'application de l'article 55-2, de la Constitution à prévoir une modification du code de procédure criminelle espagnol (*LECrim*), afin d'y insérer des mesures spécifiques pour lutter contre le terrorisme.

La position du Tribunal constitutionnel sur la question de l'exigence d'un contrôle parlementaire adéquat doit donc être mise en perspective avec l'évolution de la place de la législation antiterroriste dans l'ordonnancement espagnol.

¹⁰⁹⁸ Pour une présentation détaillée de l'ensemble des garanties prévues par l'article 55-2 de la Constitution espagnole, voir nos développements du chapitre 1^{er} du titre 2 de la première Partie.

Le Tribunal constitutionnel a considéré que l'omission par la loi organique 4/1988 de toute prévision relative au contrôle parlementaire adéquat, laquelle faisait l'objet d'une réglementation dans la législation antérieure prise sur le même fondement constitutionnel *n'est pas inconstitutionnelle*, dans la mesure où tout ce qu'exige la Constitution, d'après le juge constitutionnel, est que le Parlement soit mis à même de connaître et de superviser les agissements des Forces et Corps de sécurité, afin d'être assuré, par le biais de garanties résultant *soit* de lois spécifiques, *soit* des règlements des Chambres, de leur bon déroulement. Pour J-J. Solozabal Echavarria, « nous serions, concrètement, devant un cas de devoir constitutionnel de contrôle portant sur un domaine déterminé de l'action du Gouvernement, lequel peut parfaitement se dérouler selon ce que prévoient les règlements des Assemblées. Quoi qu'il en soit, celles-ci doivent "ordonner cette prévision spécifique de contrôle de telle sorte qu'elle ait une pleine effectivité, ainsi que le requiert le précepte constitutionnel" »¹⁰⁹⁹.

Par cette analyse, le Tribunal constitutionnel rejoint les observations de l'Avocat de l'État¹¹⁰⁰. Ce dernier considère, en effet, que l'article 55-2 de la Constitution impose effectivement un « contrôle parlementaire adéquat », mais il n'oblige en aucun cas qu'il soit prévu par la loi organique organisant la forme et les hypothèses de suspension des droits fondamentaux, de même qu'il ne prédétermine pas une certaine forme ou procédure de contrôle, singulière ou spécifique, pour ses cas d'application. Pour le défenseur de l'État, dès lors que l'article 55-2 de la Constitution ne contraint pas le législateur organique à mentionner l'une de ses deux prévisions, ce dernier peut parfaitement, « dans une certaine conjoncture, estimer "adéquat" ou suffisant le contrôle parlementaire exercé conformément aux règlements des Chambres ou d'autres normes de droit parlementaire, dans lesquelles il n'est évidemment fait mention d'aucune interdiction de contrôler l'application de l'article 55-2 de la Constitution ». Ainsi, le silence de la loi organique sur ce point peut seulement être interprété comme laissant les Chambres libres de décider d'établir, ou de ne pas établir, un régime spécial relatif au « contrôle parlementaire adéquat », ce qui n'est pas contraire à la Constitution.

À l'inverse, le Parlement basque reprochait au législateur de n'avoir pas prévu un contrôle parlementaire adéquat au sens de l'article 55-2 de la Constitution dans la loi organique 4/1988, alors que la loi organique précédente, 9/1984, l'avait mentionné. En agissant ainsi, le législateur aurait donc omis l'une

¹⁰⁹⁹ J-J. SOLOZABAL ECHAVARRIA, « Rapport espagnol... », art. cit., p. 153.

¹¹⁰⁰ *STC* 71/1994, cons. en fait n° 4 et cons. en droit n° 3.

des trois conditions mentionnées par la Constitution, qui permet aux Chambres de suspendre les droits fondamentaux des articles 17, alinéa 2, 18, alinéa 2 et alinéa 3 du texte constitutionnel. Ainsi, le requérant estimait que la loi organique, dans sa totalité, méconnaissait l'article 55-2 de la Constitution ¹¹⁰¹.

Le Tribunal constitutionnel n'a pas suivi le requérant, tout en admettant, à l'instar du contenu de la saisine, que la loi organique 4/1988 se distinguait des précédentes lois organiques adoptées en application de l'article 55-2 de la Constitution, en omettant de prévoir un contrôle parlementaire.

Toutes les lois antiterroristes adoptées sur la base de ce précepte constitutionnel contenaient, en effet, un article dédié aux modalités du contrôle parlementaire.

D'après les articles 6 de la loi 56/1978, 7 de la loi organique 11/1980 et 18, alinéa 2, de la loi organique 9/1984, le Gouvernement devait informer le Congrès des députés et le Sénat de l'usage qui était fait des dispositions contenues dans les lois organiques et des résultats obtenus grâce à ces dispositions ¹¹⁰².

Cette information était prévue avec une certaine régularité, c'est-à-dire « au moins tous les trois mois », et elle devait être faite aux deux chambres parlementaires réunies conjointement à cet effet ¹¹⁰³. Dans un premier temps, le contrôle de l'action gouvernementale en matière de lutte contre le terrorisme a été envisagé dans un délai plus bref que celui de trois mois, dès lors que deux groupes parlementaires en faisaient la demande ¹¹⁰⁴. Cependant, cette réduction de la périodicité a été exclue quelques années plus tard, puisque l'article 18-2 de la loi organique 9/1984, tout en reproduisant le contenu même de l'article 7 de la loi

¹¹⁰¹ STC 71/1994, cons. en fait n° 1 et cons. en droit n° 3.

¹¹⁰² Article 7 de la loi organique 11/1980 : « Sans préjudice des autres moyens de contrôle parlementaire prévus par les règlements du congrès des députés et du sénat, le Gouvernement informera ces derniers, au moins tous les trois mois, ou avant s'il est sollicité en ce sens par deux groupes parlementaires, de l'usage qui est fait et du résultat obtenu de l'application des mesures prévues par la présente loi. »

Article 18, alinéa 2 de la loi organique 9/1984 : « Sans préjudice des autres moyens de contrôle parlementaire prévus par les règlements du congrès des députés et du sénat, le Gouvernement informera ces derniers, au moins tous les trois mois, de l'usage qui est fait et du résultat obtenu de l'application des mesures adaptées. »

¹¹⁰³ La doctrine a estimé que la formule était ambiguë, dès lors que l'on ne savait pas si l'article 7 de la loi organique 11/1980 prévoyait une information des deux chambres réunies conjointement ou de chacune des chambres de manière distincte. F. FERNÁNDEZ SEGADO estime que la lecture de l'article 6 de la loi 56/1978 et de l'article 60 du projet de loi organique 11/1980 – qui évoquait « les Cortes generales » – permet de conclure qu'il s'agit d'une information conjointe des Chambres (v. « La suspension individual... », art. cit. p. 178 et du même auteur, « Artículo 55.... », art. cit., p. 660).

¹¹⁰⁴ Ainsi, aux articles 6 de la loi 56/1978 et 7 de la loi organique 11/1980. Sur la discussion relative au nombre de groupes parlementaires pouvant demander au Gouvernement une information avant le délai de trois mois (v. F. FERNÁNDEZ SEGADO, « Artículo 55... », art. cit., p. 661).

précédente, a exclu la possibilité d'information à la demande de deux groupes parlementaires.

Les articles 7 de la loi organique 11/1980 et 18, alinéa 2, de la loi organique 9/1984, étaient très clairs sur le fait que le contrôle parlementaire qu'ils mettaient en place n'affectait pas les autres moyens *classiques* de contrôle parlementaire. La formule employée, « sans préjudice des autres moyens de contrôle parlementaire prévus par les règlements » de chacune des Chambres, ne laissait pas place au doute.

Si l'on se réfère à des lois organiques antérieures à la loi 4/1988, le contrôle parlementaire de l'article 55-2 de la Constitution devait donc se concevoir comme un contrôle différent de la fonction de contrôle confiée de manière classique aux Chambres dans les régimes parlementaires.

La nature de l'information que l'on attendait du Gouvernement et, en conséquence, la nature du contrôle mis en place par les parlementaires, étaient également prévues par les lois organiques.

La doctrine a, pendant un temps, débattu pour déterminer si ce contrôle s'étendait à l'intervention judiciaire – mentionnée, elle aussi, au titre des garanties mises en place par l'article constitutionnel – ou s'il se limitait à la vérification de la forme individuelle de la suspension. Pour certains auteurs ¹¹⁰⁵, seule la seconde hypothèse était envisageable au vu des principes qui régissent la Constitution ¹¹⁰⁶, sauf à croire que le contrôle parlementaire consiste seulement à vérifier le bien-fondé de la décision de recourir à ce mécanisme.

Si l'on s'en tient à la rédaction des articles 7 de la loi organique 11/1980 et 18, alinéa 2, de la loi organique 9/1984, ces derniers excluaient également que le contrôle soit restreint à la validation ou à la censure de la décision d'utiliser les mesures exceptionnelles contenues dans la loi. En effet, c'est le plus souvent à l'autorité judiciaire qu'il appartient d'exercer un tel contrôle. Il aurait donc été illogique – mais surtout inconstitutionnel – de soumettre cette dernière à ce contrôle parlementaire ¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁵ M. MARTINEZ SOSPEDRA, *Aproximación al Derecho constitucional español, La Constitución de 1978*, Valencia, F. Torres, 1980, p. 72.

¹¹⁰⁶ Et plus précisément des articles 117, alinéa 1, 117, alinéa .3, et 53, alinéa 1, de la Constitution espagnole.

¹¹⁰⁷ Cette hypothèse irait de plus à l'encontre des alinéas 1 et 3 de l'article 117 de la Constitution, qui disposent, d'une part, que « la justice émane du peuple et elle est administrée au nom du Roi par des juges et des magistrats qui constituent le pouvoir judiciaire et sont indépendants, inamovibles, responsables et soumis exclusivement à l'empire de la loi » et, d'autre part, que « l'exercice du pouvoir juridictionnel, dans tous les types de procès, aussi bien pour rendre un jugement que pour le faire exécuter, incombe exclusivement aux juges et aux tribunaux déterminés par les lois, selon les normes de compétence et de procédure que celles-ci établissent ». Il estime aussi que la « nécessaire intervention judiciaire », exigée par l'article 55-2 de la Constitution, suffit à garantir que les mesures de suspension

De plus, la formulation des articles précités était très claire : en exigeant que le Gouvernement informe les Chambres « de l'usage qui est fait et du résultat obtenu par l'application des mesures prévues » par les lois, le contrôle de cette commission parlementaire *ad hoc* devait se concentrer sur l'utilisation des mesures prescrites par les lois, de la finalité avec laquelle elles étaient appliquées et des résultats obtenus¹¹⁰⁸. Dans l'hypothèse où les parlementaires estimaient que la responsabilité du Gouvernement dépassait la responsabilité pénale individuelle pour utilisation injustifiée ou abusive des facultés contenues dans la loi (en vertu de l'article 55-2 de la Constitution espagnole), ils pouvaient faire appel aux autres moyens de contrôle parlementaire prévus par la Constitution et les règlements, sans écarter la responsabilité politique.

Une toute autre approche du contrôle parlementaire avait pourtant préexisté, dès l'entrée en vigueur de la Constitution espagnole. La loi 56/1978 n'était pas une application de l'article constitutionnel à proprement parler, mais elle organisait la lutte contre les délits de terrorisme au moment si particulier de la transition constitutionnelle, en décembre 1978. Elle est tout de même considérée comme l'ancêtre des lois organiques qui suivront.

L'article 6 de la loi 56/1978¹¹⁰⁹ pensait déjà le contrôle dans les mêmes termes de périodicité et de nature que les lois futures. En revanche, il mentionnait une commission parlementaire *d'information*. Ce qualificatif avait pour conséquence de réduire la qualité du contrôle effectué par les Chambres, puisque le caractère informatif de la commission excluait de fait un caractère *d'enquête*¹¹¹⁰.

Après un développement de la garantie du contrôle parlementaire dans la loi organique 11/1980 et la loi organique 9/1984, elle a totalement disparu dans la loi organique 4/1988, déferée au Tribunal constitutionnel.

des droits sont adoptées en raison d'une nécessité réelle. V. F. FERNANDEZ SEGADO, « La suspensión individual... », art. cit., p. 179 et, dans le même sens, F. FERNÁNDEZ SEGADO, « Artículo 55... », art. cit., p. 662.

¹¹⁰⁸ Ce qui est, somme toute, logique. V. F. Fernández Segado, « Artículo 55... », art. cit., p. 662.

¹¹⁰⁹ L'article est rédigé comme suit : « Le Gouvernement informera, au moins tous les trois mois ou avant s'il est sollicité en ce sens par deux groupes parlementaires du congrès ou du sénat, de l'usage qui est fait et du résultat obtenu de l'application des mesures prévues par la présente loi, une Commission parlementaire d'information dont les réunions seront toujours secrètes. Cette commission sera composée des députés et des sénateurs membres des commissions de justice et de l'Intérieur, de sorte que tous les groupes parlementaires soient représentés en son sein. »

¹¹¹⁰ Ainsi, la doctrine le jugea d'abord « insuffisant » (P. Cruz Villalón « La protección extraordinaria del Estado », in G. de Enterría et A. Predieri, *La Constitución española de 1978, Estudio sistematico*, 2ème éd., Madrid, Civitas, 1981, p. 711.). Mais, au cours des débats devant la Commission de Justice du Congrès des Députés, la commission fut plutôt bien accueillie et on la considéra comme la mise en place d'un véritable contrôle parlementaire sur l'activité du Gouvernement. V. F. Fernandez Segado, « La suspensión individual... », art. cit., p. 177.

L'aveu du Tribunal constitutionnel de la différence de conception de la garantie par la loi organique déferée à son examen, ne l'empêche toutefois pas de rejeter l'interprétation du requérant, selon laquelle la prévision « contrôle parlementaire adéquat/approprié » auquel l'article 55-2 de la Constitution se réfère serait un contenu indispensable¹¹¹¹ de la loi organique à laquelle renvoie cet article.

Le Tribunal constitutionnel répond ainsi explicitement à la question qui lui était posée, en considérant que la loi organique d'application de l'article 55-2 de la Constitution ne doit pas obligatoirement contenir une disposition organisant un contrôle parlementaire.

Pour le juge constitutionnel, il ne fait aucun doute que les constituants ont envisagé le contrôle parlementaire comme une condition de validité des mesures de suspension des droits fondamentaux. Dès lors, tout ce qu'exige la Constitution « est que le Parlement soit mis à même de connaître et de superviser les agissements des Forces et Corps de sécurité »¹¹¹² dans le cadre des enquêtes sur les activités terroristes.

En conclusion, l'exigence constitutionnelle de contrôle parlementaire ne peut équivaloir à un « contenu indispensable ou nécessaire »¹¹¹³ de la loi organique 4/1988.

La conclusion affirmative du Tribunal constitutionnel dans la décision 71/1994 se base sur deux considérations.

Tout d'abord, le Tribunal constitutionnel s'applique à distinguer le caractère des deux exigences, liées par la rédaction de l'article constitutionnel, que sont la « nécessaire intervention judiciaire » et « le contrôle parlementaire adéquat », afin de mettre en exergue l'aspect indispensable de la première et l'opposer au caractère facultatif de la seconde. Cette différence est, pour lui, *fondamentale* et ne peut être méconnue.

Ce raisonnement suit la logique de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel, issue de la décision 199/1987. Dans cette dernière, il avait été amené à se prononcer, de manière spécifique, sur la constitutionnalité de l'absence de contrôle judiciaire, en amont d'un certain nombre de mesures

¹¹¹¹ Le Tribunal constitutionnel dit « inexcusable », dont la première traduction est « inexcusable » et synonyme de « inéludible » soit « inévitable, incontournable ».

¹¹¹² *STC* 71/1994, cons. en droit n° 3 ; voir aussi sur ce raisonnement J-J. SOLOZABAL ECHAVARRIA, « Rapport espagnol... », art. cit., p. 153.

¹¹¹³ *STC* 71/1994, cons. en droit n° 3.

limitatives de droit ¹¹¹⁴, pour reconnaître au législateur la compétence de *moduler* le moment de l'intervention du juge mais, en aucun cas, celle de supprimer cette intervention.

Le juge constitutionnel rappelle donc, en l'espèce, que l'intervention judiciaire est clairement une condition de validité de chacune des mesures de suspension des droits qu'autorise la loi organique d'application de l'article 55-2 de la Constitution, pour mieux opposer le fait que le contrôle parlementaire ne poursuit pas la même finalité.

Il estime que ce dernier n'a pour but de corriger juridiquement les actes concrets de suspension, comme doit le faire l'intervention judiciaire. Différemment, le contrôle parlementaire poursuit l'objectif « de permettre au Parlement de connaître et d'évaluer les mesures adoptées à cette fin, de la même manière qu'il apprécie, selon des critères d'opportunité, de nécessité et d'efficacité, le bien-fondé de maintenir en vigueur une loi organique qui n'est pas nécessaire à l'ordonnancement ».

Ainsi, alors que la « nécessaire intervention judiciaire » est bien un élément obligatoire de la loi organique, car c'est un instrument de préservation des droits individuels, le contrôle parlementaire, en tant que garantie d'ordre parlementaire, peut évidemment être envisagé dans le cœur même de la loi organique, mais il doit surtout s'envisager dans le cadre plus vaste d'autres instruments normatifs, soient les dispositions législatives spécifiques ou les Règlements parlementaires. Il peut donc s'exercer sans une prévision spécifique dans la loi organique et n'en devient pas un élément indispensable à sa constitutionnalité.

Le Tribunal constitutionnel semble, ici, ramener la portée de cette garantie. Il l'a réduit en effet à une « simple “garantie parlementaire” », en jugeant qu'elle peut être prévue par d'autres instruments légaux « ou dans les normes qui, de par leur caractère général, ont pour objet, précisément, l'organisation spécifique du contrôle parlementaire sur l'activité du Gouvernement, c'est-à-dire, dans les Règlements des Chambres » ¹¹¹⁵.

Cette référence aux Règlements des Chambres conduit le Tribunal constitutionnel à exprimer sa seconde considération comme une conséquence logique de ses développements antérieurs.

Il refuse catégoriquement l'interprétation du Parlement basque consistant à voir dans l'article 55-2 de la Constitution une exception au principe d'*autonormación* des Chambres reconnus à l'article 111, alinéa 1^{er}, de la

¹¹¹⁴ V. les développements *supra*. du chapitre 2 du titre 2 de la première Partie.

¹¹¹⁵ STC 71/1994, cons. en droit n° 3.

Constitution ¹¹¹⁶. Pour le juge, le cas d'espèce appelle une lecture *integradora* de la Constitution, afin que l'exigence de contrôle parlementaire de l'article 55-2 de la Constitution puisse et doive se concilier avec la compétence de contrôle *général* reconnue aux Chambres, qui doit être applicable au cas spécifique de l'article 55-2 de la Constitution, mais aussi à tout autre domaine, étant donné qu'au travers de cette compétence générale, les Chambres expriment un fort pouvoir de contrôle de l'activité du Gouvernement et d'une éventuelle mise en cause de sa responsabilité.

Ainsi, il conclut que « la faculté générique de contrôle sur le Gouvernement qui correspond aux Chambres [en vertu de l'article 66-2 de la Constitution ¹¹¹⁷] devient, comme dans l'hypothèse présente, *un devoir constitutionnel*, lorsque la propre Norme constitutionnelle exige que le contrôle parlementaire soit exercé dans un domaine précis, exigence qui ne rencontre aucun obstacle, évidemment, dans les Règlements parlementaires actuels. Il revient, dans tous les cas, aux Chambres d'ordonner cette prévision spécifique de contrôle de manière à ce que son effectivité s'exerce pleinement, comme l'exige le précepte constitutionnel ».

Le Tribunal constitutionnel favorise, par cette position, le choix législatif de ne plus envisager la garantie du contrôle parlementaire, pourtant prévue expressément par le constituant.

Certains ont vu, dans cette décision, « une autonomie grandissante de la norme exceptionnelle vis-à-vis de la disposition constitutionnelle fondatrice » ¹¹¹⁸. Nous y voyons, également, un desserrement de l'emprise du contrôle du Tribunal constitutionnel sur l'application de l'article 55-2 de la Constitution, au détriment de la garantie des droits fondamentaux. Ce choix, qui nous paraît éminemment critiquable, témoigne de l'évolution de la place de la législation antiterroriste dans l'ordonnancement espagnol.

¹¹¹⁶ Cet article organise les interpellations et les questions des parlementaires aux membres du Gouvernement. Il prévoit, dans son alinéa 1^{er}, que « le Gouvernement et chacun de ses membres sont soumis aux interpellations et aux questions que leur posent les membres des Chambres. Leur règlement réservera un temps minimum hebdomadaire à ce type de débat ».

¹¹¹⁷ Article 66-2 de la Constitution espagnole : « Les *Cortes generales* exercent le pouvoir législatif de l'État, votent le budget, contrôlent l'action du Gouvernement et assument les autres compétences que leur attribue la Constitution. »

¹¹¹⁸ G. MAESTRO BUELGA, A. LOPEZ BASAGUREN, « Garantismo, emergencia y suspension de derechos fundamentales en la legislación de excepción », *R.V.A.P.*, n° 21, 1988, p. 53, spec. p. 75.

B. Un choix influencé par la pérennisation de la législation antiterroriste

Le juge P. Cruz Villalón a exprimé son désaccord avec la position retenue par la majorité des juges constitutionnels espagnols, dans une opinion dissidente à laquelle se sont joints quatre autres magistrats¹¹¹⁹. Au terme d'un développement approfondi, qui mettait en exergue la contradiction du raisonnement du Tribunal constitutionnel, le juge n'a pas hésité à conclure sur le lien de cause à effet entre cette validation de l'omission législative de la garantie du contrôle parlementaire adéquat et la perte d'autonomie de la législation, fondée sur l'article 55-2 de la Constitution. Une partie de la doctrine a également confirmé ce rapport.

Il est intéressant de constater que pour parvenir à une position inverse de celle retenue par le Tribunal constitutionnel, les juges dissidents partagent le postulat de départ du raisonnement de la décision.

Le juge constitutionnel P. Cruz Villalón admet, en effet, que l'article 55-2 de la Constitution espagnole mette en place « une hypothèse de “suspension” de certains droits fondamentaux, c'est-à-dire, de situations normatives temporaires durant lesquelles le régime de certains droits fondamentaux n'est pas celui prévu habituellement et ordinairement, mais un qui est distinct et qui a été instauré pour fournir une réponse à une menace spécifique à l'ordonnement démocratique, c'est-à-dire au terrorisme »¹¹²⁰. De même, il partage le constat que si le constituant n'a pas inséré au deuxième paragraphe de l'article 55 – alors qu'il l'a fait pour le premier alinéa – de limite temporelle à la suspension individuelle des droits fondamentaux, cela « ne change pas le caractère ultime du mécanisme en question, dans lequel on trouve un régime normatif – objectif et pas seulement subjectif – de suspension, proprement dite, de certains droits »¹¹²¹.

En revanche, le juge dissident parvient à la position opposée de celle adoptée par la majorité des juges du Tribunal constitutionnel.

À son sens, le raisonnement du Tribunal constitutionnel laisse penser l'inverse de ce qui a finalement été jugé.

¹¹¹⁹ Il s'agit des juges Eugenio Díaz Eimil, Alvaro Rodríguez Bereijo, Julio Diego González Campos et Carles Viver Pi-Sunyer.

¹¹²⁰ STC 71/1994, cons. en droit n° 3 et opinion dissidente, §1.

¹¹²¹ Opinion dissidente, § 1.

L'esprit de l'article 55-2 de la Constitution, restitué par la décision du Tribunal constitutionnel ¹¹²², aurait dû impliquer que le contrôle parlementaire dont il est fait mention soit un contrôle distinct de celui normalement applicable par les Chambres dans le cadre de leur mission de contrôle de l'activité du Gouvernement, précisé au Titre V de la Constitution.

Le juge Cruz Villalón fonde son raisonnement, tout d'abord, sur la notion de contrôle parlementaire *sans qualificatif*, pour, ensuite, venir appuyer sa première conclusion avec le sens de l'adjectif *adéquat* replacé dans le contexte précis de la suspension individuelle des droits.

Ainsi, il estime qu'en définitive, « la Constitution a exigé “une” intervention judiciaire précise dans les différentes hypothèses d'application de la loi, mais aussi “un” contrôle parlementaire précis de l'application de la loi sans préciser en quoi doit consister concrètement l'un et l'autre, mais en exigeant que ces derniers existent ou soient organisés en même temps que son entrée en vigueur puisque c'est seulement ainsi que la Constitution a autorisé le recours à cette modalité de suspension des droits fondamentaux » ¹¹²³. C'est uniquement en ce sens que l'on peut être assuré « que les Chambres vont adopter et, en conséquence exercer, cet obligatoire et spécifique “contrôle parlementaire” » ¹¹²⁴.

Il est ainsi convaincu que « le contrôle parlementaire “adéquat” prévu par la Constitution ne pouvait aboutir à la seule répétition de la faculté générique de contrôle, offerte par l'article 66-2 de la Constitution aux *Cortes* » ¹¹²⁵. La loi organique 4/1988 aurait dû être déclarée inconstitutionnelle pour méconnaissance des garanties prévues à l'article 55-2 de la Constitution, car le fait même qu'elle ne prévoit pas explicitement le contrôle parlementaire « de façon particulière, discrédite la suspension de l'ensemble des droits fondamentaux et induit l'inconstitutionnalité de chacune des dispositions en cause » ¹¹²⁶.

Ainsi, en partant sur l'esprit du texte de l'article 55-2 de la Constitution, sur la base d'une jurisprudence confirmée, la décision du Tribunal constitutionnel 71/1994 pourrait être lue dans l'autre sens pour soutenir la version opposée à sa décision de constitutionnalité de la loi organique 4/1988.

¹¹²² STC 71/1994, cons. en droit n° 3, § 1 à 4.

¹¹²³ Opinion dissidente, § 6.

¹¹²⁴ Opinion dissidente, § 6.

¹¹²⁵ Opinion dissidente, § 4.

¹¹²⁶ P. CAMBOT, *La protection constitutionnelle ...*, *op. cit.*, p. 107.

Cette césure du raisonnement est, à notre sens, une conséquence de l'évolution de la place de la législation antiterroriste dans l'ordonnement espagnol.

Lorsque le Tribunal constitutionnel reprend l'esprit du texte constitutionnel de l'article 66-2, il se base sur la décision 199/1987, qui avait censuré une grande partie des dispositions de la loi organique 9/1984. La décision avait d'ailleurs reçu un accueil aussi favorable que scandalisé, selon les opposants ou les partisans de l'augmentation de la répression pour lutter contre le terrorisme. Elle peut néanmoins se traduire comme « un avertissement au Gouvernement [...] un véritable désaveu de la politique gouvernementale »¹¹²⁷.

À l'époque, la loi organique 9/1984 était une loi organique spéciale et surtout, temporaire, qui n'avait pas pour objet de s'insérer dans les normes des codes en vigueur.

À l'inverse, la loi organique déferée au Tribunal constitutionnel dans la sentence commentée 71/1994 prévoyait l'intégration d'un certain nombre d'articles appartenant à la législation antiterroriste dans le code de procédure pénale.

Cette pérennisation de certaines mesures antiterroristes dans le droit espagnol, qui pose de sérieuses questions quant à son opportunité, a sans doute incité le législateur à omettre l'organisation du contrôle parlementaire prévue à l'article 55-2 de la Constitution dans le cadre spécifique des enquêtes sur les activités des éléments terroristes, en considérant que, dès lors que les mesures antiterroristes intègrent les règles *ordinaires* du code de procédure pénale, elles sont automatiquement soumises aux règles également *ordinaires* du contrôle parlementaire sur l'activité du Gouvernement.

En outre, ce choix de pérenniser les dispositifs antiterroristes a été fait à l'issue d'une longue période, au cours de laquelle les diverses lois organiques adoptées sur la base de l'article 55-2 de la Constitution espagnole n'avaient jamais cessé d'être en vigueur.

En effet, dans la période préalable à l'adoption de la loi organique 11/1980, la suspension individuelle des droits était une mesure bien exceptionnelle et entendue comme telle. La première norme à l'avoir mise en application est le décret-loi 21/1978 du 30 juin (période pré-constitutionnelle), prorogé par le décret-loi royal 19/1979, puis par la loi 56/1978. Ces deux textes avaient pris soin de respecter scrupuleusement les exigences de l'article 55-2 de la Constitution, en reprenant quasi littéralement les droits visés et le champ

¹¹²⁷ F. MODERNE, « Le juge constitutionnel et la lutte contre le terrorisme ... », art. cit., p. 529.

d'application offert par l'article constitutionnel. Ils prévoyaient aussi le contrôle parlementaire dans un article bien distinct, le tout chapeauté par un énoncé des motifs très explicite.

Un tournant s'opère avec la loi organique 11/1980 qui, tout en reprenant les modalités de contrôle parlementaire dans un article distinct, ne contenait pas d'exposé de motifs qui puisse légitimer l'utilisation, par le législateur, des facultés offertes par l'article 55-2 de la Constitution et, surtout, ne comportait aucune limitation des effets de la loi dans le temps ¹¹²⁸. Cette loi marquait donc une réelle différence dans la perception du mécanisme de suspension individuelle des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme en Espagne, car celui-ci s'incorporait désormais de manière définitive à l'ordonnancement, en l'absence de disposition contraire.

Le tournant fut confirmé par la loi organique 9/1984, qui adopta le même profil. Certes, six de ces articles étaient adoptés pour une durée de deux ans ¹¹²⁹, mais ceux relatifs à la suspension individuelle des droits fondamentaux et au contrôle parlementaire n'étaient pas inclus dans cette liste.

Au moment de l'abrogation d'une partie des articles de la loi organique 9/1984, la loi organique 4/1988 prit le relais et alla donc plus loin, en prévoyant l'intégration de certaines de ses dispositions dans le code de procédure pénale. Cette loi exprimait que le Gouvernement prenait acte de la déclaration d'inconstitutionnalité de certains articles de la loi organique précédente par le Tribunal constitutionnel dans la décision 199/1987. Il n'est cependant pas anodin que, durant la préparation de la loi organique 4/1988, le ministre de l'Intérieur soit venu devant le Congrès des députés pour annoncer, de manière quelque peu prémonitoire, que cette comparution serait la dernière du ministre pour informer les Chambres de l'usage qui est fait des facultés exceptionnelles et des résultats obtenus grâce à l'application de la loi en matière de lutte contre le terrorisme ¹¹³⁰.

La loi organique 4/1988 a donc vu le jour avec deux nouveautés majeures. L'incorporation de son contenu au corpus commun du code de procédure pénale constituait la première nouveauté. L'absence de prévision d'une des garanties exigées par la Constitution, le contrôle parlementaire, formait la seconde.

¹¹²⁸ Pour une évolution détaillée, voir F. ALVAREZ-OSSORIO MICHEO, « El “adecuado control parlamentario” (art. 55.2 CE), según la STC 71/1994 », *R.E.D.C.*, n° 43, 1995, p. 288 et s..

¹¹²⁹ En vertu de la seconde disposition finale de la loi organique, les articles dont l'application était limitée à deux ans étaient l'article 4, (règles spécifiques sur la responsabilité pénale), l'article 5 (déclaration d'illégalité et dissolution des associations), l'article 6 (réduction de peines pour les repentis), l'article 19 (durée de la détention préventive et suspension de la remise en liberté), l'article 20 (suspension préventive d'activités), et l'article 22 (suspension des fonctions publiques).

¹¹³⁰ F. ALVAREZ-OSSORIO MICHEO, « El “adecuado control parlamentario”... », art. cit., p. 294.

Le mécanisme de suspension individuelle des droits fondamentaux avait donc connu, en très peu de temps, après l'adoption de la Constitution, une métamorphose qui lui a fait prendre, dans l'ordonnancement, une nouvelle dimension. Ainsi, « à l'inverse des états exceptionnels, il s'agit désormais d'assouplissement permanent de la Constitution »¹¹³¹.

Dans la décision 71/1994, le Tribunal constitutionnel a dû prendre en compte la nature particulière du mécanisme de suspension individuelle des droits fondamentaux pour répondre, non pas à une question d'interprétation visant à comprendre le contenu de la garantie du contrôle parlementaire, mais pour trancher l'évolution plus globale de l'article 55-2 de la Constitution espagnole.

En effet, comme le souligne F. Alvarez-Ossorio Micheo, la saisine du Parlement basque demandait au juge constitutionnel de se prononcer sur le mécanisme de suspension individuelle pris dans son ensemble. Cela devait l'obliger à souligner l'œuvre du législateur organique, qui avait fini par l'incorporer à la Constitution matérielle et, d'une certaine manière également, à admettre une certaine faiblesse de ces décisions antérieures, qui avaient eu comme paramètre de contrôle l'article 55-2 de la Constitution¹¹³². Cela explique pourquoi, dans la décision 71/1994, le Tribunal constitutionnel commence par examiner le grief tiré de l'absence du contrôle parlementaire, en exposant la nature et l'esprit du texte même de l'article constitutionnel et en reprenant sa propre jurisprudence contenue dans les décisions 25/1981 et 199/1987.

Comme cela a été souligné par l'opinion dissidente qui a suivi la décision, cette reprise de jurisprudence, en amont du raisonnement du juge, s'accorde mal avec la conclusion finale.

La jurisprudence sur l'article 55-2 de la Constitution, rappelée dans la décision 71/1994, souligne que le Tribunal constitutionnel confirme le caractère exceptionnel du mécanisme de suspension individuelle des droits fondamentaux, suspension qui, par nature, exige une application temporaire, au risque de devenir une dérogation ou une réforme tacite de l'ordonnancement. Or, la loi organique 4/1988 remettait en cause le caractère exceptionnel de la suspension individuelle.

¹¹³¹ C. LAMARCA PEREZ, *Tratamiento jurídico*, *op. cit.*, p. 365, qui note que « les législations antiterroristes démocratiques mais préconstitutionnelles prévoyaient un terme à leurs effets “de façon à ne pas altérer de façon définitive la structure du système juridique normal en vigueur” conformément aux termes mêmes de la loi 56/1978. Cependant, avec les lois de l'ère constitutionnelle disparut toute mention de l'aspect transitoire de cette législation ».

¹¹³² F. ALVAREZ-OSSORIO MICHEO, « El “adecuado control parlamentario”... », *art. cit.*, p. 288.

Il aurait été souhaitable que dans l'une de ses décisions, le Tribunal constitutionnel aille au bout de son raisonnement et lie *indéfectiblement* l'application de l'article 55-2 de la Constitution à la crise qui le fait exister, de sorte que le législateur organique ne puisse en modifier la nature.

On constate, dans les deux premières décisions ¹¹³³, et spécialement dans la 199/1987, une volonté de circonscrire l'application de l'article qui n'est, malheureusement, pas assez explicite. Une nouvelle occasion de se montrer plus ferme lui a été fournie par la saisine du Parlement basque en l'espèce. Au lieu de la saisir, le Tribunal constitutionnel a contrebalancé sa position et l'a même anéantie, par une lecture paradoxale des garanties qui sont liées au mécanisme ¹¹³⁴.

Certains voient dans cette décision « l'ultime étape » de la normalisation définitive du mécanisme exceptionnel de la suspension individuelle de garanties ¹¹³⁵, processus initié dès la loi organique 11/1980 par l'élimination progressive de ses caractéristiques exceptionnelles, qui se conclut par l'incorporation de plusieurs dispositions antiterroristes dans le code de procédure pénale.

Nonobstant, c'est véritablement l'omission volontaire par le législateur d'une garantie politique, alors que le constituant l'avait expressément exigée, qui marque le plus profondément le mécanisme.

Malgré la disparition du caractère transitoire des lois organiques antiterroristes dans l'ère constitutionnelle, le législateur s'était toujours montré respectueux des garanties exigées par le constituant. La constance de la prévision témoignait d'une volonté de contrôle et d'autocontrôle conforme à l'esprit du texte.

Le contrôle parlementaire est par définition « une des mesures les plus spécifiques et les plus efficaces de contrôle politique ». Ainsi, si le contrôle politique de l'article 66, alinéa 2, de la Constitution est généralement mis en œuvre par une minorité politique, afin de renverser le Gouvernement en place, celui de l'article 55-2 se présente bien comme un contrôle spécifique et singulier, car il est le fruit de la majorité, organique qui plus est, et vise à mettre en œuvre un contrôle des mesures exceptionnelles utilisées par le Gouvernement que, précisément, cette même majorité soutient.

¹¹³³ STC 25/1981 et 199/1987.

¹¹³⁴ F. ALVAREZ-OSSORIO MICHEO, « El “adecuado control parlamentario”... », art. cit., p. 297.

¹¹³⁵ *Ibid.* p. 302.

La doctrine a pris position pour un contrôle parlementaire spécifique à la suspension des droits fondamentaux ¹¹³⁶. Elle voit alors, dans la décision 71/1994, un fort paradoxe, induit par les observations de l'Avocat de l'État qui, en incitant le Tribunal constitutionnel à concevoir le contrôle spécifique de l'article 55-2 de la Constitution comme une manifestation pure et simple du contrôle général de l'article 66-2 de la Constitution, alors qu'il est précisément tout le contraire, oblige le juge à reconnaître de la normalité là où il ne devrait exister que de l'exception, à l'instar des positions passées du Tribunal constitutionnel.

Ainsi, pour reprendre les mots du juge P. Cruz Villalón, « il est difficile de ne pas reconnaître comment cette inconstitutionnalité par “omission” de la loi organique 4/1988 exprime, pour le moins, la perte d'autonomie ou de substantialité qui a caractérisé cette législation depuis sa première version, dans la loi organique 11/1980, pour s'incorporer aujourd'hui avec une certaine vocation de permanence indéfinie, dans la législation processuelle pénale en des termes qui, sans aucun doute, forcent le dessin constitutionnel d'un mécanisme qui, par nature, suppose une situation d'anormalité dans le régime légal des droits fondamentaux affectés [...] », on assiste une nouvelle fois à la « capitulation du normatif face à la force du factuel ».

En relâchant ainsi ses exigences au regard de la conciliation entre le mécanisme de suspension individuelle des droits fondamentaux et la garantie du contrôle parlementaire adéquat, tous deux prévus par le constituant espagnol, le Tribunal constitutionnel a adouci la position qu'il avait tenue dans la décision 199/1987 pour une conciliation identique avec la garantie de la *nécessaire* intervention judiciaire.

¹¹³⁶ Pour F. ALVAREZ-OSSORIO MICHEO, en étant expressément prévu, le contrôle parlementaire de l'article 55-2 de la Constitution espagnole démontre sa singularité face à la faculté générale de contrôle, *in* « El “adecuado control parlamentario”... », art. cit., p. 303. Dans le même sens, C. LAMARCA PEREZ, *Tratamiento ...*, *op. cit.*, p. 437.

Conclusion Chapitre 2

Le mouvement de relâchement ne peut être considéré comme un mouvement acquis et inéluctable de la jurisprudence constitutionnelle. Cette dernière a régulièrement démontré qu'elle sait réagir pour affronter les difficultés les plus diverses. Il est cependant réel.

S'il se fait ressentir de manière aiguë depuis 2001 et, essentiellement, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, la décision espagnole 71/1994 prouve que ce n'est pas le seul impact des attentats de New York qui a impulsé ce mouvement. Les origines sont en effet plurielles.

On voit bien comment le juge constitutionnel, face à la permanence de la menace terroriste, sa gravité et le brouillage terminologique qu'elle opère, choisit de desserrer la contrainte de constitutionnalité sur les dispositions antiterroristes.

Le juge constitutionnel se sert de l'unique moyen qui lui permet de veiller à ce que les dispositions restent dans un cadre démocratique, même si ce cadre est sans doute lui-même en pleine évolution.

Seule voie possible donc, pour le moment, elle doit être parfaitement maîtrisée par le juge constitutionnel si ce dernier ne veut pas se trouver dans une impasse.

Conclusion du Titre 2

Tout en livrant un contrôle plus global des législations antiterroriste, le juge constitutionnel livre un contrôle de constitutionnalité.

Le juge constitutionnel contrôle si la définition de l'infraction de terrorisme respecte le principe de légalité, non pas en allant dans le détail – ce qui remettrait sans doute la constitutionnalité en cause – mais en restant sur une interprétation globale du principe, somme toute conforme à la jurisprudence qui lui est relative, puisque ce dernier connaît une dilution pour s'appliquer à toutes les lois – et non plus aux seules lois pénales – qui entraîne un certain brouillage des critères de mise en œuvre. La définition passe ainsi haut la main le test de constitutionnalité et ressort globalement compatible avec les exigences du principe de légalité. Aucune certitude, à l'issue de cet examen, quant au sens précis à donner à certains termes de la définition, mais cela semble devoir être la conséquence d'une idée générale de la notion même de terrorisme.

Le juge constitutionnel contrôle ensuite les dispositions antiterroristes en allégeant la contrainte de constitutionnalité, non pas pour abdiquer face à la loi mais pour, justement, l'encadrer. Il s'assure, de la sorte, que la législation antiterroriste respecte l'État de droit, même si les frontières de la notion sont repoussées à leur point de rupture en raison de la *politique antiterroriste* menée par les dirigeants, souvent à la demande de l'opinion publique.

La globalisation du contrôle de constitutionnalité permet alors d'accompagner l'évolution de la lutte contre le terrorisme pour la maintenir dans les frontières démocratiques. La place du juge constitutionnel devient cependant assez inconfortable. Ce contrôle plus souple, en réponse à un cadre démocratique lui-même plus souple, positionne le juge constitutionnel comme spectateur ou acteur d'une évolution préoccupante de la société.

Si elle peut traduire un certain réalisme de la part du juge constitutionnel, la question de savoir si le réalisme n'impose pas, à l'inverse, un resserrement permanent de la contrainte de constitutionnalité, exige une réponse.

Conclusion de la Seconde Partie

Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste connaît des variations importantes d'intensité qui lui donnent d'une part, moins de visibilité, et d'autre part, le positionnent dans une situation dangereuse.

La modulation du contrôle ne répond pas, en effet, à des critères systématiques et constants dépendants de la disposition législative ou du contexte politique dans lequel le juge constitutionnel rend sa décision. Si l'on constate un relâchement du contrôle de constitutionnalité de manière plus significative ces dernières années, au lendemain des attentats de 2001, on a pu en pressentir quelques signes bien avant. Certes, il semblerait que l'élément majeur conditionnant la globalisation du contrôle soit le terrorisme lui-même. C'est lui, phénomène singulier et pervers, qui pousse le législateur à réagir dans un sens et qui se répercute sur le contrôle de constitutionnalité.

Cette influence ne peut cependant être tolérée sur le long terme, au risque d'entraîner une nouvelle conception des frontières démocratiques qui engendrerait un nouveau positionnement du rôle de tous les acteurs de l'ordonnancement.

Aussi, agissant tantôt en resserrant la contrainte de constitutionnalité, tantôt en globalisant le contrôle de constitutionnalité, le juge constitutionnel joue ainsi sur une vaste échelle, que ses riches compétences lui permettent d'explorer, mais ce jeu d'équilibre l'expose à une crise sans précédent.

Le juge constitutionnel contrôle la constitutionnalité des lois et, à ce titre, sa parole bénéficie d'une forte légitimité et autorité. Or, en validant les dispositions antiterroristes sans modifier ses outils de contrôle et, notamment, son respect pour le pouvoir discrétionnaire du législateur, le juge constitutionnel peut rapidement se trouver face à des normes très restrictives des droits fondamentaux, qui, pour se fonder sur un motif légitime et exprimant, dans un contexte sécuritaire exacerbé, une juste analyse, qu'il doit valider. Certes, ses techniques lui permettent encore d'encadrer l'application de la disposition, mais force est de constater que c'est surtout la validation symbolique qui est retenue.

Ce cercle vicieux, duquel il lui est bien difficile de sortir, peut, à terme, remettre en cause sa légitimité.

Conclusion générale

Si l'on a pu observer, de prime abord, que le juge constitutionnel parvient à maintenir la législation antiterroriste à l'intérieur des frontières de l'État de droit, en construisant un contrôle *sur mesure* pour le fait de terrorisme, force est de constater que cette réussite du juge constitutionnel pourrait être remise en question.

Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste, mis en œuvre par le Tribunal constitutionnel espagnol, le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle italienne, a pu assurer un équilibre convenable entre une tolérance imposée et une efficacité concrète. Cependant, la permanence de la législation – justifiée par la permanence de la menace terroriste – modifie la nature même de la norme législative et, en conséquence, le contrôle de constitutionnalité qui lui est réservé.

En d'autres termes, la pérennisation des moyens de lutte contre le terrorisme plaide pour une qualification de la législation *plus ordinaire*, qui devrait alors être soumise à un contrôle de constitutionnalité *plus classique*. Or, la sévérité intrinsèque des lois antiterroristes bloque une telle évolution, sauf à revoir *l'esprit* de l'État. Le cadre du contrôle de constitutionnalité reste alors toujours différent pour prendre en compte un objet toujours aussi atypique, mais pour lequel la législation alterne, de manière encore plus frappante, entre ordinaire et exception. Le contrôle de constitutionnalité en ressort, lui-même, brouillé.

Nous avons constaté que le terrorisme influe sur le contrôle de constitutionnalité par l'intermédiaire de la norme législative. Exigeant une réponse normative, qui exprime obligatoirement une limitation des droits fondamentaux, le danger que représente le terrorisme pour les États justifie une adaptation du contrôle de constitutionnalité. La nécessité de l'action législative en la matière et, surtout, sa légitimité, installe ensuite le contrôle dans une zone de tolérance plus importante que d'ordinaire. Le juge constitutionnel se trouve ainsi en terre inconnue, car il ne peut appliquer sa jurisprudence ordinaire aux dispositions antiterroristes, en raison de l'appréhension législative du terrorisme qui *transpire* la singularité du phénomène. Le contrôle de constitutionnalité exprime, alors, une nécessaire tolérance à l'endroit de la législation antiterroriste. Malgré ce cadre redessiné, le juge constitutionnel conserve ses outils et

techniques de contrôle. Il peut, ainsi, développer une nouvelle jurisprudence, adaptée à la législation antiterroriste, afin de la maintenir dans les limites constitutionnelles. Cette action, très positive, assure au juge constitutionnel de remplir sa fonction originelle. Cependant, sous certains aspects, l'action du juge constitutionnel est altérée, car ce n'est qu'au terme d'une modulation du contrôle que le juge constitutionnel continue d'encadrer la législation antiterroriste, modulation révélant, parfois, des signes de saturation du contrôle.

Cette attitude a pu être constatée, dans une large mesure, auprès du Conseil constitutionnel français et, dans une moindre mesure, auprès du Tribunal constitutionnel espagnol. Nulle possibilité d'entrevoir un tel mouvement de la part de la Cour constitutionnelle italienne, en l'absence de décisions plus nombreuses et récentes.

Nonobstant, le vaste mouvement sécuritaire, qui envahit la vie politique de la majorité des États, permet de dégager quelques réflexions sur cette attitude du juge constitutionnel, susceptible de se reproduire au sein de toute juridiction constitutionnelle.

Le contrôle de constitutionnalité se trouve, aujourd'hui, dans une impasse (I) qui invite à s'interroger sur les moyens mis à la disposition du juge constitutionnel pour en sortir (II), afin de pallier la permanence de la frénésie sécuritaire qui tend à revisiter la notion de démocratie (III).

I. Un contrôle dans l'impasse

Le juge constitutionnel a démontré qu'il pouvait exiger le respect des principes fondamentaux, tout en concédant un certain espace à la loi. Cependant, les limites démocratiques sont repoussées à leur point de rupture, ce qui a conduit la souplesse de la norme constitutionnelle à son stade maximal.

Le rempart contre l'arbitraire, que représente le juge constitutionnel, est en train de se fissurer, même si, pour l'instant, il tient encore debout.

Deux voies s'offrent au juge constitutionnel pour un nouveau contrôle de la législation antiterroriste.

D'un côté, si le juge constitutionnel reste sur la voie empruntée à l'heure actuelle, le relâchement du contrôle peut se transformer en véritable abdication de sa part, sous l'effet d'une pression trop forte de la politique sécuritaire. Cette

dernière sera, sans aucun doute, facilitée par une telle attitude. Le rôle du contrôle de constitutionnalité sera, quant à lui, sérieusement remis en cause.

Il en sera ainsi si le juge constitutionnel continue de rendre un contrôle global, estimant que la gravité de la menace justifie l'aménagement des droits fondamentaux, dès lors que certaines garanties sont prévues.

Certes, il leur est toujours possible de censurer les excès d'appréciation législatifs, mais dans un tel contexte, même cette notion a vite fait d'être altérée pour être relativisée. Certes, le juge constitutionnel peut toujours se réfugier derrière l'existence de garanties suffisantes mais, là encore, l'expérience démontre qu'une fois la *porte ouverte*, l'invasion de la sphère individuelle est toujours plus aisée et les garanties peuvent elles-mêmes être entendues différemment ¹¹³⁷. La décision 71/1994 du Tribunal constitutionnel espagnol en fournit, d'ailleurs, un parfait exemple.

C. Grewe et R. Koering-Joulin estimaient déjà, en mai 2003, à la lecture des décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle allemande que le contrôle de proportionnalité ne parvenait pas à maîtriser le terrorisme, alors que « ce contrôle confère à la lutte antiterroriste une plus grande légitimité tout en mettant celle du juge à rude épreuve ». En effet, « comment une juridiction oserait-elle, contre les pouvoirs publics et contre l'opinion publique, prétendre qu'eu égard à l'incertaine adéquation des mesures antiterroristes, celles-ci sont toutes soit inconstitutionnelles, soit non-conventionnelles » ¹¹³⁸.

Si le juge constitutionnel s'engage dans la voie d'une globalisation excessive du contrôle des lois antiterroristes, sous le légitime prétexte d'encadrer tout de même ces lois, l'efficacité du contrôle de constitutionnalité pourrait donc être discutée. Les prémisses d'une telle évolution, que nous avons constatées en France seulement, se trouveraient alors confirmées et pourraient, sans doute, se retrouver au sein des autres juridictions constitutionnelles.

D'un autre côté, à l'inverse, la seconde voie qui s'offre au juge constitutionnel consiste à revenir à une conception plus ferme des frontières démocratiques et, surtout, à opérer une interprétation plus serrée de la norme

¹¹³⁷ V., par exemple, l'évolution du régime des perquisitions en matière de terrorisme, en France, G. ARMAND, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *R.F.D.C.*, 2006/1, n° 65, p. 16 ; M. GARRIGOS, *Les aspects procéduraux de la lutte contre le terrorisme – Étude de droit interne et international*, Thèse soutenue à l'Université Panthéon – La Sorbonne – Paris 1, sous la direction de Mme le professeur GUIDICELLI-DELAGE, 2004, p. 528 et s.

¹¹³⁸ C. GREWE, R. KOERING-JOULIN, « De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures antiterroristes », in *Mélanges G. Cohen-Jonathan, Liberté, justice, tolérance*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 915-916.

constitutionnelle. Il s'agirait ainsi, pour le juge constitutionnel, d'opérer un nouveau sursaut, encore plus fort que celui effectué face au modelage du contrôle de constitutionnalité par le fait de terrorisme.

Cette voie n'est pas aisée. En effet, la tâche du juge pourrait s'avérer difficile à assumer face à des réactions normatives au terrorisme animées des considérations susceptibles de s'éloigner de la seule sauvegarde de la démocratie. C'est pourtant à cette seule condition que le juge constitutionnel peut définitivement garder la main sur son contrôle et préserver le rôle que la Constitution lui a confié.

Cela exige de repenser les moyens mis à la disposition du juge constitutionnel et, plus largement, la place du juge constitutionnel dans l'État.

II. Les moyens mis à la disposition du juge constitutionnel

Dans l'attente de nouvelles expressions du contrôle de constitutionnalité, des préconisations peuvent être formulées autour de trois axes, pour améliorer l'exercice du contrôle de la législation antiterroriste. L'efficacité des mécanismes de contrôle pourrait ainsi être renforcée par la *constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme*, ainsi que par la *saisine obligatoire du juge* et qui opèrerait une *analyse expresse de l'ensemble du texte* dont il serait saisi.

II. 1. Nous avons souligné combien la constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme, en Espagne, était un outil précieux, à la fois, pour le législateur organique, qui disposait ainsi d'un *cadre* d'action plus serré, et pour le Tribunal constitutionnel, qui comptait sur un paramètre de contrôle de qualité pour apprécier la mise en œuvre de ce cadre.

Au-delà du caractère éminemment symbolique qu'une telle insertion dans le texte constitutionnel confèrerait à la lutte contre le terrorisme en France et en Italie, cette proposition soulève deux questions.

D'une part, le choix de constitutionnaliser la lutte contre le terrorisme renvoie à la question de la nature de la limitation à apporter aux droits fondamentaux et des droits fondamentaux susceptibles d'être concernés par cette mesure. Si la constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme doit revenir à poser simplement le principe d'une limitation aux droits fondamentaux reconnus dans l'ordonnancement, elle ne devient alors qu'une déclaration symbolique, qui laisse toujours au législateur un large espace pour préciser les contours des mesures antiterroristes. La situation dans laquelle se trouvent le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle italienne face à l'absence de

fondement constitutionnel à la lutte contre le terrorisme ne serait pas tant modifiée.

En revanche, si le constituant veut être plus précis pour encadrer la législation antiterroriste, il lui faut alors trancher entre les différents types de limitations des droits et, selon, choisir parmi les droits fondamentaux lesquels pourront connaître un aménagement de leur régime. Ces questions sont bien délicates à résoudre en dehors de toute situation concrète de crise. Elles sont cependant essentielles pour que la constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme ait une réelle utilité. D'autant plus que, même ces questions tranchées, il est difficile pour le texte constitutionnel d'être rédigé en termes suffisamment précis, au risque de se montrer trop restrictif. Ainsi, le choix du constituant espagnol de limiter la suspension des droits fondamentaux à trois d'entre eux n'ôte pas au législateur organique une marge d'appréciation considérable dans la mise en œuvre de cette mesure.

D'autre part, la constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme invite à s'interroger sur ce que doit contenir la Constitution.

En effet, la question de savoir dans quelle mesure la Constitution doit *tout* prévoir¹¹³⁹ se pose de manière légitime. La notion même de Constitution laisse un espace assez vaste au pouvoir constituant pour y insérer certains éléments jugés essentiels. La lutte contre le terrorisme pourrait en faire partie. Nonobstant, il peut être soutenu qu'il n'est pas indispensable que la lutte contre le terrorisme soit inscrite au cœur du texte constitutionnel pour pouvoir être mise en œuvre de la manière la plus encadrée possible. La faible constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme dans les Constitutions actuelles¹¹⁴⁰ et l'utilisation privilégiée par les Etats de la norme législative, « plus réactive et adaptable, permettant ainsi de faire davantage œuvre de pragmatisme »¹¹⁴¹, plaide d'ailleurs en ce sens.

¹¹³⁹ Sur la question plus générale de la constitutionnalisation des pouvoirs d'exception sous l'angle de la possibilité d'y procéder et l'obligation d'y procéder, v. L. FONTAINE, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits? L'exemple des démocraties est-européennes à la fin du XX^e siècle », *Cahiers de la Recherche sur les Droits fondamentaux*, n° 6, Pouvoirs exceptionnels et droits fondamentaux, 2008, p. 42 et s.

¹¹⁴⁰ Ainsi, en dehors de l'exemple espagnol, la Constitution portugaise a été révisée par la loi constitutionnelle n° 1/2001 du 12 décembre pour insérer aux articles 33 et 34 du texte, les hypothèses d'extradition et de perquisitions de nuit dans les hypothèses de terrorisme. (Cf. R. PEREIRA, « Portugal – Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, 2002, p. 305 et s), la Constitution chilienne et péruvienne mentionnent expressément le terrorisme. Pour une présentation de ces mesures et une réflexion sur l'utilité de constitutionnaliser le terrorisme, v. C. CERDA-GUZMAN, « La Constitution, une arme efficace contre le terrorisme ? », *R.F.D.C.*, 2008, p. 44 et s.

¹¹⁴¹ A. GARAPON, « Les dispositifs antiterroristes de la France et des Etats-Unis », *Esprit*, n° 4, 2006, p. 133.

L'analyse de l'expérience espagnole met, cependant, en avant un double apport de l'insertion des moyens de prévention de la lutte contre le terrorisme au cœur du texte constitutionnel.

Tout d'abord, le Tribunal constitutionnel tire un confort certain de l'existence de l'article 55-2 de la Constitution espagnole, pour procéder au contrôle des lois antiterroristes. Même s'il a dû se montrer très attentif à l'interprétation qu'a pu faire le législateur organique de ce mécanisme constitutionnel, afin que l'esprit des constituants ne soit pas méconnu, le juge constitutionnel espagnol a pu compter sur un paramètre de contrôle solide pour apprécier les aménagements des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Certes, on ne peut occulter que la longue histoire entre l'Espagne et le terrorisme a sans aucun doute aidé le juge constitutionnel espagnol à adopter, parfois, une attitude catégorique, à l'instar de celle exprimée dans sa décision 89/1993, lorsqu'il se réfère au sens traditionnel attribué au terrorisme dans le pays, pour trancher la question de la conformité des articles de la loi organique 3/1988 avec le principe de légalité pénale. Toutefois, dès lors qu'il s'est agi de contrôler les aménagements des droits fondamentaux, l'article 55-2 de la Constitution espagnole a représenté un outil précieux qui a permis au Tribunal constitutionnel de contenir la législation antiterroriste dans des proportions raisonnables au travers de considérations exprimant un fort sens du réalisme et une profonde neutralité quant à la situation créée par le terrorisme dans le pays.

Ensuite, la constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme a permis de fonder clairement l'action du législateur organique espagnol et d'en fixer le cadre. Bien que ce dernier ait dû être précisé par le juge constitutionnel, il n'en demeure pas moins que les limites de l'action du législateur étaient globalement connues. En ce sens, la constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme, en France et en Italie, présenterait l'avantage d'éclaircir le fondement de l'action législative en la matière – et cela serait très bénéfique en Italie, au vu des débats liés à l'emploi de l'article 77, alinéa 2, de la Constitution – et de poser une limite au législateur, de sorte que ce dernier sache jusqu'où il peut aller dans le degré d'aménagements des droits fondamentaux. Ainsi, même si le législateur emploie des techniques substitutives pour lutter contre une situation exceptionnelle créée par le terrorisme, le juge constitutionnel pourrait se reposer sur ce cadre pour contrôler les lois antiterroristes.

II. 2. La saisine obligatoire du juge constitutionnel de toute loi antiterroriste pourrait représenter une autre piste pour donner à ce dernier la possibilité de maintenir cette législation dans un cadre plus étroit.

À l'instar de la procédure réservée aux lois organiques et aux règlements des Assemblées ¹¹⁴² en France, l'examen de toute loi antiterroriste adoptée par les Chambres, dans le cadre d'un recours abstrait, présenterait l'avantage de contourner les éventuels consensus politiques qui évitent la saisine du juge constitutionnel ¹¹⁴³, comme cela a pu se passer, en France, pour la loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne ¹¹⁴⁴.

Le juge constitutionnel pourrait ainsi contrôler *toutes* les mesures mises en place et s'assurer de leur conformité avec l'esprit de la Constitution, au lieu de limiter son contrôle aux seules lois que les organes politiques auront bien voulu lui déférer.

Une telle mesure présenterait un avantage certain en Italie et en France. En Espagne, toutes les lois antiterroristes ont été examinées par le Tribunal constitutionnel en raison de la saisine systématique par le Parlement basque. En France, au contraire, il est très facile, pour la classe politique, de *mettre de côté* le Conseil constitutionnel. En Italie, le contrôle automatique de loi ou de décret-loi antiterroriste permettrait à la Cour constitutionnelle d'examiner ce pan de législation qu'elle n'a finalement eu à connaître, dans ses traits substantiels, qu'à une seule occasion, dans l'arrêt n° 15 de 1982.

Néanmoins, outre un éventuel problème d'engorgement du contentieux et le choix du caractère *a priori* ou *a posteriori* d'un tel contrôle, la mise en place d'une saisine obligatoire du juge constitutionnel des lois *antiterroristes* peut soulever quelques perplexités à deux égards.

D'une part, il faudrait trancher la question de savoir quelle est l'autorité compétente pour saisir le juge constitutionnel. Doit-on, en effet, limiter la saisine aux seules parlementaires et aux Assemblées régionales pour l'Espagne et l'Italie ou, au contraire l'élargir à toutes les autorités politiques en intégrant donc, par exemple, le Premier ministre qui pourrait se servir de ce moyen pour appuyer sa politique, si la loi ressort *indemne* du contrôle ?

¹¹⁴² Ainsi que pour les propositions de loi mentionnées à l'article 11 de la Constitution française avant qu'elles ne soient soumises au référendum, en vertu de l'article 61, alinéa 1er, de la Constitution.

¹¹⁴³ Comme le souligne Y. GUENA, « Le rôle du Conseil constitutionnel français », Exposé présenté à l'occasion du 150^{ème} anniversaire de l'État fédéral Suisse, le 13 juin 1998, p. 6-7. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel [www.conseil-constitutionnel.fr]

¹¹⁴⁴ Cf. « La saisine du juge constitutionnel, un acte d'incivisme ? », in Rajf.org, brève du 3 novembre 2001, [http://www.rajf.org/spip.php?breve123]

D'autre part, la question sans doute la plus épineuse se concentrerait dans la qualification *antiterroriste* d'un texte. La saisine obligatoire ne pouvant être opérée sur la base de la *nature* même du texte, comme cela se fait pour une loi organique par exemple, un autre critère devrait être dégagé pour assurer à ce moyen un fonctionnement effectif. Il pourrait se situer dans l'intitulé ou l'objet de la loi. Cependant, les expériences normatives des trois pays étudiés soulignent que les dispositions antiterroristes entrent en vigueur dans des lois aux intitulés variés et dont l'objet ne se concentre pas sur la lutte contre le terrorisme.

En Espagne, la situation est, encore une fois, assez simple puisque dès lors que le législateur organique agit dans le domaine de la prévention du terrorisme, il se fonde sur l'article 55-2 de la Constitution espagnole. Le fondement permettrait de cibler précisément les lois devant être déférées au Tribunal constitutionnel. À l'inverse, en France et en Italie, certaines dispositions antiterroristes viennent s'insérer dans des lois qui ont pour objet la protection de l'ordre public ou de la sécurité en général. Dans ces hypothèses, la saisine du juge constitutionnel ne peut donc être opérée sur la base de l'intitulé ou de l'objet de la loi.

En outre, si le juge constitutionnel se montre perméable au contexte sécuritaire dans lequel s'insère pleinement la politique antiterroriste, même une saisine obligatoire ne permettrait pas de résoudre le problème d'un relâchement du contrôle de constitutionnalité.

L'emprunt d'une telle voie, si elle mérite une réflexion au regard de l'évolution sécuritaire de la société et du renforcement du rôle du juge constitutionnel dans le maintien de l'équilibre entre l'ordre et la liberté, soulève, pour le moment, plus de débats qu'elle n'en résoud et doit donc être mise de côté. Les avantages qu'elle offrait pourraient, éventuellement, être compensés par un dernier moyen.

II. 3. Enfin, un troisième moyen d'améliorer l'efficacité du contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste pourrait être de prévoir l'examen formel, par le juge constitutionnel, de la totalité du texte, quel que soit le moment de son examen, *a priori* ou *a posteriori*, dans le cadre exclusif d'un recours abstrait. Pourtant, cette voie soulève également, d'emblée, quelques réticences au regard, notamment des difficultés pratiques qu'elle poserait et, surtout, quelques perplexités étant donné qu'en dehors des cas où le règlement des juridictions constitutionnelles l'exige, aucune d'entre elles n'a jamais procédé à l'examen express de la totalité d'un texte de loi et, encore moins, d'une loi antiterroriste.

En effet, ce constat est une des premières choses qui ressort de la lecture des décisions constitutionnelles sur les lois antiterroristes. Or, en concentrant leur

décision sur une partie de la loi, ils laissent les autres dispositions entrer ou rester en vigueur – selon le moment du contrôle par rapport au processus législatif –, alors que certaines auraient mérité un éclairage de la part du juge constitutionnel au travers, par exemple, une validation sous réserves.

Pourtant, on sait que, dans le cadre du contrôle abstrait de constitutionnalité des lois, le juge constitutionnel est saisi de l'examen de la *totalité* du texte et ce, même si les requérants développent des griefs d'inconstitutionnalité seulement à l'égard de quelques dispositions. Malgré cette *porte ouverte*, ni le Conseil français, ni le Tribunal espagnol, ne se sont exprimés sur l'intégralité des textes soumis à leur examen.

L'examen partiel des lois antiterroristes finit donc par délivrer une sorte de *brevet de constitutionnalité* à l'ensemble de la loi, alors qu'elle ne le mérite peut-être pas. Ainsi, les défenseurs du texte sont convaincus d'avoir agi dans le respect des valeurs démocratiques alors que les défenseurs des droits de l'Homme, qui pouvaient, éventuellement, s'inquiéter du contenu de la loi ne peuvent que prendre acte de la décision constitutionnelle. Dès lors, l'ambivalence qui entoure la portée de la décision peut avoir tendance à remettre en cause la légitimité du contrôle de constitutionnalité puisque certains y voient une tolérance excessive à l'égard de la politique menée par le Gouvernement.

Malgré ce constat, les juges constitutionnels sont réticents à s'engager sur la voie d'un examen formel de la totalité d'un texte de loi.

En Espagne, cette absence d'expression de contrôle de la totalité de la loi laisse d'autant plus de place à une certaine frustration que les requérants ont souvent sollicité du Tribunal constitutionnel la censure de la loi qu'ils déféraient, dans sa *globalité*¹¹⁴⁵, mais le juge constitutionnel espagnol a adopté une attitude très prudente. En effet, le Tribunal constitutionnel n'a jamais contesté le principe d'un examen général de la loi, si bien qu'il n'a jamais rejeté le grief des requérants sur ce point. En revanche, il a souligné que les requérants devaient argumenter leur saisine, de sorte que toutes les dispositions de la loi puissent être examinées, c'est-à-dire en formulant des griefs à l'encontre de chacune d'entre elles et non un grief général d'inconstitutionnalité. Comme cela n'était pas le cas dans les requêtes formées contre les lois organiques 11/1980 et 9/1984, le Tribunal constitutionnel s'est limité à contrôler la constitutionnalité des articles qui étaient spécialement contestés.

Une frustration similaire se ressent à la lecture des décisions du Conseil constitutionnel. En effet, le juge français ne s'est jamais prononcé sur toutes les

¹¹⁴⁵ V. ainsi *STC* 25/1981 et 199/1987.

dispositions d'une loi antiterroristes et n'a jamais été invité à le faire par les requérants au travers d'une saisine blanche, alors qu'il en admettait le principe. En France, dans le cadre du contrôle abstrait *a priori* des lois, le Conseil constitutionnel accepte de longue date le principe de ces *saisines blanches*, c'est-à-dire de lettres ne comportant pas la moindre motivation ¹¹⁴⁶, et ce, quelle que soit l'autorité de saisine ¹¹⁴⁷.

Les législations antiterroristes n'ont donc jamais fait l'objet d'un contrôle formel complet alors que, parfois, des précisions sur la portée de certaines dispositions de la part du juge constitutionnel auraient été bienvenues et lui auraient permis de resserrer la contrainte de constitutionnalité sur la législation antiterroriste.

Un tel examen semble d'autant plus exclu désormais, notamment de la part du Conseil constitutionnel français, si l'on se réfère à la décision n° 2011-630 DC, du 26 mai 2011. Cette position récente du juge constitutionnel français, dont les éventuels apports pressentis méritent d'être confirmés, peut cependant être vue comme un moyen trouvé par le juge pour ne pas figer la constitutionnalité des dispositions d'un texte dans la perspective d'éventuelles saisines ultérieures, dans le cadre incident.

La décision du 26 mai 2011, du Conseil constitutionnel apporte, en effet, un nouvel éclairage sur la portée des saisines blanches ¹¹⁴⁸. Saisi selon ce procédé, le juge constitutionnel français a estimé, d'une part, que la loi déférée a été adoptée en vertu d'une procédure conforme à la Constitution et, d'autre part, « que les requérants n'invoqu[ai]ent aucun grief à l'encontre de ce texte ; qu'au demeurant, aucun motif particulier d'inconstitutionnalité ne ressort[ait] des travaux parlementaires ». Il s'ensuit qu'il n'y avait pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, d'examiner spécialement ces dispositions d'office. Le Conseil

¹¹⁴⁶ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 3^{ème} éd., Paris, P.U.F., 2011, p. 354. Le Conseil constitutionnel est automatiquement saisi de l'ensemble du texte des lois organiques, des règlements des Assemblées et des propositions de lois de l'article 11 de la Constitution avant référendum, dans le cadre de l'article 61, alinéa 1^{er} de la Constitution. Par le biais des saisines blanches, les requérants veulent parfois souligner la qualité de la procédure législative. Ainsi, dans la décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, les sénateurs requérants notent qu'« En critiquant l'ensemble de la loi, les auteurs de la saisine appellent le Conseil Constitutionnel à exercer toute sa vigilance à l'égard d'un texte qui initialement composé d'une trentaine d'articles au stade du projet de loi déposé devant le Parlement, comporte finalement 135 articles ! Conformément à votre jurisprudence relative aux dispositions sans lien avec le texte, vous n'hésitez pas à invalider les cavaliers législatifs ».

¹¹⁴⁷ V. par exemple, pour une saisine du Président du Sénat, *Cons. const.* n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association; pour une saisine du Président de l'Assemblée nationale, n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain; pour une saisine par soixante parlementaires, n° 86-211 DC du 26 août 1986, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité.

¹¹⁴⁸ F. POULET, Quel avenir pour les saisines blanches devant le Conseil constitutionnel ? (Commentaire de la décision n° 2011-630 DC du 26 mai 2011)”, 23 juin 2011, [www.blogdroitadministratif.net/]

constitutionnel exprime, ainsi, clairement son souhait de limiter son examen aux griefs que les requérants formulent précisément et aux éventuelles dispositions ayant soulevé des doutes de constitutionnalité au cours des travaux parlementaires ¹¹⁴⁹.

On comprend la position prise par le juge constitutionnel comme une volonté de permettre le développement de la question prioritaire de constitutionnalité, en ne cristallisant pas la constitutionnalité de la loi à travers les *saisines blanches* et les *brevets de constitutionnalité*. En effet, même en l'absence de changement de circonstances, le Conseil constitutionnel pourrait examiner, dans le cadre du recours incident, les dispositions d'une loi préalablement déférée dans le cadre du contrôle abstrait, dans les conditions exprimées dans la décision du 26 mai 2011 ¹¹⁵⁰. Ce faisant *le juge ne ferme pas totalement la voie ouverte par les saisines blanches et rend fonctionnelle la voie de la question prioritaire de constitutionnalité* ¹¹⁵¹.

Cette approche met en lumière la complémentarité des deux voies de recours et leur articulation nécessaire. Elle offre une belle perspective d'évolution au contentieux constitutionnel français, tant sur le plan général que sur le plan particulier de la législation antiterroriste.

En effet, cette nouvelle jurisprudence du Conseil constitutionnel, si elle venait à être confirmée dans les termes que nous entendons, représenterait une "ouverture" et une complémentarité pragmatiques des voies qui conduirait, alors, au contrôle le plus efficient des lois et offrirait au juge constitutionnel la possibilité de se prononcer sur la plupart des dispositions antiterroristes, *a priori* ou, *a posteriori*.

Cette intervention saccadée dans le temps permettrait aussi de palier les difficultés pratiques que l'obligation de se prononcer formellement sur l'ensemble

¹¹⁴⁹ Il a d'ailleurs fait une application quasi immédiate de cette jurisprudence dans la décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, cons. n° 81.

¹¹⁵⁰ Il faut noter que dans une décision du 29 juin 2011, n° 347214, le Conseil d'État a refusé la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française issu de l'article 5 de la loi organique du 7 décembre 2007 tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution doit être écarté au motif « que pour ce qui concerne le contrôle qu'il exerce sur les lois organiques, le Conseil constitutionnel doit être regardé *comme s'étant prononcé sur la conformité à la Constitution de chacune des dispositions de la loi organique qui lui est soumise* ; que dès lors, sauf changement dans les circonstances, les lois organiques promulguées doivent être regardées, dans leur intégralité, comme conformes à la Constitution, alors même que la décision du Conseil Constitutionnel qui les a examinées ne mentionne pas expressément les dispositions critiquées dans ses motifs ». C'est nous qui soulignons .

¹¹⁵¹ Sur les apports potentiels de la décision du Conseil constitutionnel, *Ibid.*

du texte soulèverait, tout spécialement, dans le cadre de l'examen a priori des lois ¹¹⁵².

En l'absence de nouveaux moyens, immédiatement convaincants et efficaces, le contrôle de constitutionnalité des lois antiterroristes se trouve contenu dans des limites assez étroites que seul le juge constitutionnel peut élargir. Il doit cependant composer, aussi, avec certains domaines qui lui sont interdits. Ainsi, la Cour constitutionnelle italienne n'a pu que constater la prévalence du secret d'État sur l'ensemble des actes composant l'affaire dite *Abu Omar*, alors que l'Italie était touchée, par ricochet, par les méthodes de lutte américaine.

Le juge constitutionnel compose finalement avec les outils classiques du contentieux constitutionnel, qui sont, certes efficaces, mais mériteraient d'être complétés ou pensés différemment, pour que l'extension du contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste ne soit pas perçue comme un contrôle de l'opportunité des choix politiques.

Face à l'incertitude de l'efficacité de nouveaux moyens permettant au juge constitutionnel de resserrer l'étreinte de constitutionnalité, la question de savoir qui, dans l'ordonnancement, peut s'assurer de maîtriser les élans politiques sécuritaires se pose avec une acuité particulière..

De récentes positions des juges européens laissent penser que ces derniers se montrent attentifs au cadre juridique dans lequel l'action des États doit se situer. Ainsi, ils replacent les éventuelles déviations des démocraties face au

¹¹⁵² Sur ce point, l'exemple de la loi prorogeant l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie est assez parlant : la loi a été déférée au Conseil constitutionnel le 25 janvier 1985 au matin, pour une décision rendue à midi et une promulgation immédiatement après. Certes, le contexte était exceptionnel, mais le terrorisme l'étant tout autant parfois, on peut se demander, avec Ph. Terneyre, si « en cas de nécessité, le Conseil constitutionnel n'est pas amené à examiner les lois d'exception à la sauvette et, surtout, à pratiquer une sorte d'autocensure du fait de la "nécessité" de rendre une décision de conformité pour permettre aux autorités compétentes de traiter rapidement cet état de crise et assurer ainsi la continuité de l'État » (PH. TERNEYRE, « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité – Contribution du Conseil constitutionnel à un droit constitutionnel de la nécessité », *R.D.P.*, 1987, p. 1494). L'auteur tempère également ses propos en soulignant la capacité d'anticipation du Conseil constitutionnel et, aussi, la possibilité d'utiliser les réserves d'interprétation pour indiquer la voie à suivre aux autorités administratives et judiciaires. L'attitude du Conseil constitutionnel, en l'espèce, soucieux de ne pas entraver l'action du pouvoir est patente (F. LUCHAIRE, « Conseil constitutionnel – Décision du 25 janvier 1985 », *D. Juris.*, 1985, p. 362, qui reconnaît que le Conseil constitutionnel a voulu faciliter la tâche du Gouvernement et a examiné la loi en quelques heures, ou P. Wachsmann qui note que la rapidité avec laquelle la décision a été rendue « suffit à témoigner » du souci du Conseil de ne pas aller à l'encontre de l'action du pouvoir (« Chronique de jurisprudence – Décision du Conseil constitutionnel n°85-187 DC du 25 janvier 1985 (loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie) », *A.J.D.A.*, 1985, p. 364).

terrorisme dans la droite ligne de la primauté du droit, à tel point que l'on a pu lire que les juges européens *résistaient à l'effet 11 septembre* ¹¹⁵³.

Ainsi que l'a conclu l'avocat général Poiares Maduro, dans l'affaire sur le règlement communautaire imposant le gel des avoirs des membres d'organisations soupçonnées de terrorisme :

« Le fait que les mesures en cause soient destinées à éradiquer le terrorisme international ne doit pas empêcher la Cour de remplir son obligation de préserver la prééminence du droit. Ce faisant, et plutôt que d'empiéter sur le domaine de la politique, la Cour réaffirme les limites que le droit impose aux décisions politiques. » ¹¹⁵⁴

De même, les juges de la Cour de Strasbourg ont voté à l'unanimité le caractère absolu de l'article 3 de la Convention interdisant la torture dans l'arrêt *Saadi c. Italie*. L'opinion concordante, exprimée par le juge Myer, à laquelle s'est rallié le juge Zagrebelsky, rappelle que :

« Il n'est pas permis aux États de combattre le terrorisme international à n'importe quel prix. Les Etats ne doivent pas recourir à des méthodes qui sapent les valeurs mêmes qu'ils cherchent à protéger [...] La défense des droits de l'Homme dans le cadre de la lutte contre le terrorisme est avant tout une question de défense de nos valeurs, même à l'égard de ceux qui peuvent chercher à les détruire. Il n'y a rien de plus contre-productif que de combattre le feu avec le feu, de donner aux terroristes le prétexte idéal pour se transformer en martyrs et pour accuser les démocraties d'user de deux poids, deux mesures. Pareille conduite ne servirait qu'à créer un terrain favorable à une radicalisation encore plus forte et au recrutement de futurs terroristes. » ¹¹⁵⁵

Cette réaction *par le haut* est très positive pour la préservation de la démocratie et des valeurs de l'État de droit. En revanche, elle peut vite déposséder le juge constitutionnel de sa fonction. Ce dernier se doit donc de réagir, lui aussi, pour ne pas se faire le garant silencieux d'une évolution critiquable de la politique antiterroriste.

Sans doute en raison de la sévérité flagrante avec laquelle le Gouvernement anglais a réagi aux événements du 11 septembre 2001, en enclanchant la procédure de dérogation de l'article 15 de la CEDH, on note ainsi une opinion dissidente, assez symbolique, du *Lord Hoffmann*, dans un arrêt de la Chambre des *Lords*, en date du 16 décembre 2004 ¹¹⁵⁶.

¹¹⁵³ M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûretés dans un monde dangereux*, Paris, Éditions du Seuil, 2010, p. 18.

¹¹⁵⁴ Conclusions de l'avocat général, M. MIGUEL POIARES MADURO, présentées le 16 janvier 2008, dans l'affaire *Yassin Abdullah Kadi et autres c/Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, § 45, V. également : CJCE, 3 septembre 2008, C-402/05 et C-415-05.

¹¹⁵⁵ CEDH, 28 février 2008, *Saadi c. Italie*, Requête n° 37201/06.

¹¹⁵⁶ Arrêt de la Chambre des Lords, 16 décembre 2004, *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2004], UKHL 56, § 97.

Cette dernière devait évaluer la conformité de la détention de neuf étrangers soupçonné de terrorisme qui contestaient la légalité de leur privation de liberté au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme ¹¹⁵⁷ et, plus spécialement, examiner l'existence d'un danger menaçant la vie de la nation, la nécessité et la proportionnalité des mesures ainsi que la question de leur caractère discriminatoire.

Après avoir décidé le rejet du premier argument des plaignants, qui revenait à admettre l'existence d'un danger au sens de la Convention, Lord Hoffmann a déclaré que :

« La véritable menace à la vie de la nation, entendue comme un peuple fidèle à des lois et aux valeurs politiques traditionnelles, ne provient pas du terrorisme mais de ces lois. Ce sont elles qui sont le véritable indicateur de ce que le terrorisme peut atteindre. C'est la décision du Parlement qui donnera aux terroristes une telle victoire ».

Dans l'attente de nouvelles réactions similaires, le législateur peut en large partie, faciliter la position du juge constitutionnel en engageant la lutte contre le terrorisme sur un autre terrain, détaché d'une sorte de spirale sécuritaire.

III. Une législation antiterroriste à repenser

L'étude de la jurisprudence constitutionnelle souligne parfaitement combien l'évolution du contrôle de constitutionnalité des lois antiterroristes dépend de celle de cette législation. Il ne revient donc pas au seul juge constitutionnel de choisir entre deux voies pour poursuivre une préservation effective du contrôle. Le mode d'appréhension politique du terrorisme peut, en grande partie, lui faciliter la tâche.

Il est, en effet, bien évident que le contrôle de constitutionnalité des lois antiterroristes est interdépendant du contenu même de ces lois et, plus spécialement, de *l'esprit* dans lequel elles sont conçues.

Gouvernements et législateurs peuvent donc aider le juge constitutionnel en ne lui imposant pas de choisir entre une voie passive et une voie active pour

¹¹⁵⁷ La détention était fondée sur les articles 21 et 23 du *Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order* du 11 novembre 2001. L'article 21 permet au ministre de l'Intérieur de certifier qu'une personne lui semble une menace pour la sécurité nationale ou qu'il la soupçonne d'être un terroriste. Le texte donne du mot « terroriste » une définition large qui inclut non seulement l'implication dans la commission, la préparation ou l'instigation d'actes de terrorisme mais aussi les liens avec une organisation terroriste internationale, qui peut être simplement un groupe soupçonné d'être impliqué dans la commission, la préparation ou l'instigation d'actes de terrorisme. Selon l'article 23 de la loi, les personnes ainsi désignées par le ministre peuvent être arrêtées et incarcérées sans limitation de durée, sans inculpation ni procès.

poursuivre l'examen de constitutionnalité des lois antiterroristes. Pour ce faire, il leur suffit de prendre quelques positions plus nuancées dans leur approche du phénomène, qui illustreront un recul certain de cette lutte qu'ils mènent, désormais, depuis plusieurs décennies.

Cela pourrait se concrétiser, d'une part, en refusant de poursuivre sur le terrain de l'accentuation de la sévérité de la politique criminelle pour cesser de mettre en place des textes toujours plus répressifs, qui mettent à mal l'esprit originel du droit pénal.

D'autre part, Gouvernements et législateurs pourraient opérer une sorte de tri dans le corpus législatif, afin de l'épurer et lui redonner de la cohérence. La législation antiterroriste ressemble, aujourd'hui, à un millefeuille normatif très épais, dans lequel viennent s'insérer d'autres lois portant sur le thème plus vaste de la criminalité ou sur d'autres domaines, dont certains aspects viennent seulement soutenir la politique antiterroriste, telles que les lois relatives à l'immigration.

Enfin, en s'inspirant de la réaction, ou plutôt, de la non-réaction, du Gouvernement espagnol au lendemain du 11 septembre 2001 ou du 11 mars 2004, la politique antiterroriste pourrait désormais se caractériser par une amélioration de l'exécution des dispositions en vigueur et de la coopération entre les services sur le terrain, sans pour autant accentuer toujours l'invasion de la sphère de liberté des individus. Il semble que les lois antiterroristes aient atteint, aujourd'hui, un seuil de perfectionnement élevé. Le terrorisme pourra toujours frapper ou, du moins, menacer les États. Dès lors, si ces derniers ne cessent d'adapter les dispositifs antiterroristes pour les rendre plus sévères, ils risquent, à terme, de renier leur propre fondement démocratique. Il devient essentiel d'adopter une autre attitude, plus réfléchie, face au terrorisme.

Ainsi, les politiques démontreraient une profonde sagesse, qui donnerait l'occasion au juge constitutionnel de ne pas se positionner comme une entrave de la politique dans un domaine aussi passionnel. Ils replaceraient également la lutte contre le terrorisme à sa juste place, c'est-à-dire un régime dérogatoire à l'application ponctuelle. Cela aurait le mérite d'éviter que la nature hybride de la législation antiterroriste ne s'installe profondément dans les ordonnancements à un stade intermédiaire entre la normalité et l'exception, qui favoriserait la *normalisation de l'urgence*.

L'évolution de la politique, en ce sens, est d'autant plus souhaitable, que l'émergence d'un droit fondamental à la sécurité est toujours en cours. Aucune décision constitutionnelle n'a encore concrétisé ce statut du droit, pour l'instant

législatif. Cependant, si un tel droit venait compléter les droits fondamentaux, le processus de conciliation deviendrait bien délicat, dans une société prônant le tout sécuritaire.

Aussi, un peu de sagesse permettrait d'éviter des réactions excessives, telles que celles du Gouvernement italien au lendemain d'une décision du juge de Milan, en date du 24 janvier 2005 ¹¹⁵⁸.

La Juge Clementina Forleo a relaxé deux détenus tunisiens et un marocain, accusés d'activités de terrorisme international. Pour ce faire, elle a fondé sa décision sur la distinction entre guérilla et terrorisme, considérant que ces trois hommes planifiaient des activités de guérilla en Irak et non des activités visant à semer la terreur ¹¹⁵⁹.

Au-delà de l'intérêt de la distinction entre ces activités pour la définition du terrorisme, la décision du Juge Forleo a créé un séisme dans la classe politique, laquelle a immédiatement réagi en adoptant un décret-loi portant mesures urgentes pour lutter contre le terrorisme international ¹¹⁶⁰, communément appelé décret-loi *Pisanu*, du nom du ministre de l'Intérieur de l'époque.

Le décret-loi avait notamment pour objet d'actualiser les définitions des infractions de terrorisme en vigueur dans le code pénal. Il a ainsi inséré trois nouveaux articles, parmi lesquels l'article 270^{sexies}, qui élargit considérablement la notion.

Le lien de cause à effet entre la décision du juge et la réaction normative laisse songeur. Il invite à réfléchir sur les motivations de la classe politique et l'indépendance de la justice, dans un domaine, encore une fois, aussi passionnel que le terrorisme.

Le terrorisme peut ainsi ouvrir aisément la voie à des dérives législatives de toutes sortes. Elles ne sont pas toutes en contraste avec la Constitution, mais

¹¹⁵⁸ G.U.P. Tribunal de Milan, ordonnance 24 janvier 2005, n° 28491/04, Giud. Forleo – D.N. e altro, accusés. V. également F. CERQUA (F.), « Giurisprudenza di merito – G.u.p. Trib. Milano, 24 gennaio 2005, Giud. Forleo, Imp. Hamraouaki e altro – G.u.p. Trib. Brescia, Ord. 31 gennaio 2005, Giud. Spano, Imp. Hamraouaki e altro », *Cassazione Penale*, 2005, p. 3114.

¹¹⁵⁹ Cette décision fut confirmée par la Cour d'assises d'appel, en novembre 2005, puis annulée par la Cour de cassation. Finalement, le seconde Cour d'assises d'appel, le 23 octobre 2007, releva la nature purement terroriste des activités des détenus qui ont été condamnés pour activités de terrorisme international. Cf. M. DE VITO, « La controversa distinzione tra terrorismo internazionale e guerriglia per l'autodeterminazione e la liberazione nazionale : la posizione della Corte di cassazione italiana », *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n° 3, 2007, p. 1120 et s.; G-A. ELLI, « Associazione con finalità di terrorismo internazionale e misure cautelari : elementi costitutivi del delitto e criteri probatori in tema di finalità terroristica del sodalizio affrontati dal G.i.p. e dal Tribunale del Riesame di Milano », *Foro ambrosiano*, 2006, p. 412 et s.

¹¹⁶⁰ Décret-loi n° 144 du 27 juillet 2005, converti par la loi n° 155 du 31 juillet 2005.

elles poussent cette dernière à s'assouplir, au point de modifier les frontières qu'elle définit.

Ces dernières années ont ainsi souligné combien les notions de démocratie ou d'État de droit pouvaient être revisitées et connaître des acceptions très nuancées. Dès lors, peut-on accepter une fluctuation de ces notions et, en conséquence, des limites de l'action législative dans un domaine tel que celui de la lutte contre le terrorisme ? Si une réponse positive s'impose, doit-on prendre pour point de rupture les événements de septembre 2001 et considérer que la démocratie actuelle est toujours conforme à la notion *classique* ?

Ces questions frappent de plein fouet le rôle du juge constitutionnel dans une société en quête de sécurité, dans le sens de réassurance.

Ces dernières années, la justice constitutionnelle est en effet saisie de lois, dont l'examen revient à arbitrer un problème politique sur le devant d'une scène médiatique critique.

En France notamment, plusieurs occasions ont offert au Conseil constitutionnel de sortir de l'ombre et d'arbitrer certains sujets *brûlants*, sur lesquels des citoyens, se sentant *opprimés*, attendaient la décision du juge constitutionnel avec impatience, dans l'espoir que le Conseil incarnerait le rôle du *sauveur* de leurs droits ¹¹⁶¹. Dans une autre dimension, les citoyens italiens se sont souvent réjouis des prises de position de la *Consulta* mettant à mal la politique du Président du Conseil italien ¹¹⁶².

Les juges constitutionnels se retrouvent ainsi, malgré eux, à devoir jouer des rôles divers, et dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, les censures de la politique gouvernementale pourraient vite être regardées comme une invasion du juge constitutionnel sur le domaine très précieux de l'appréciation législative ou, à l'inverse, comme une véritable victoire de la démocratie pour les opposants politiques. En d'autres termes, même si le juge constitutionnel rend sa décision en toute neutralité, on lui prête vite des motivations diverses.

La jurisprudence des Cours démontre que le juge constitutionnel sait généralement garder le recul nécessaire à l'exercice de sa mission. Cela est essentiel et doit le rester, notamment dans le domaine de la lutte contre le terrorisme.

¹¹⁶¹ Sur le Contrat première embauche par exemple, cf. *Cons. const.* n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances ou encore sur la réforme des retraites, n° 2010-617 DC du 9 novembre 2010.

¹¹⁶² Sur la levée partielle de l'immunité du Président du Conseil, cf. *Corte cost.* n° 23/2011 du 13 janvier.

La justice constitutionnelle doit veiller à ce que les politiques antiterroristes mises en place par les États de droit maintiennent en permanence un juste équilibre entre la sécurité et les droits fondamentaux, deux valeurs essentielles bien que profondément contradictoires.

La sécurité nationale ne peut justifier « la mise en danger des droits fondamentaux en toute hypothèse et en toute circonstance, parce que cette dernière ne permet pas une atteinte illimitée aux citoyens. C'est le devoir des démocraties de trouver un équilibre entre ces valeurs et principes en conflit. Aucune des deux positions ne peut primer sur l'autre » ¹¹⁶³.

Or, il est toujours plus ardu de défendre les valeurs dont l'État se fait le représentant en période de guerre ou de terrorisme qu'en période de paix et de sécurité. Le mode de gestion de ces événements difficiles va, en effet, révéler la capacité des États à se défendre, tout en respectant les principes qui les définissent.

Pour reprendre les mots du Président de la Cour suprême israélienne, il serait bien plus aisé de combattre les attaques terroristes en transgressant toute règle, afin de se placer au même niveau que ceux qui les fomentent, pour bénéficier d'une large marge d'action. Ainsi le voudrait Cicéron, lorsqu'il déclara « *inter arma silent leges* » ¹¹⁶⁴, les lois se taisent lorsque les armes parlent.

Toutefois, c'est justement dans ces moments sensibles que l'état de la démocratie se mesure. Ainsi, l'on pourrait ajouter à la déclaration de Cicéron que « lorsque les armes parlent, les commandements militaires doivent respecter la loi. Une société qui veut avoir la capacité d'affronter ses ennemis doit, avant tout, être consciente qu'elle lutte pour la défense de certaines valeurs qui méritent d'être protégées. L'État de droit est une de ses valeurs » ¹¹⁶⁵.

¹¹⁶³ A. BARAK, « Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia », *Giur. Cost.*, 2002, p. 3392.

¹¹⁶⁴ *Pro Milone*, IX.

¹¹⁶⁵ A. BARAK, « Democrazia ... », art. cit., p. 3392, qui cite la décision *H. C 168/91, Morcos v. Ministre de la défense*, 45 (1), PD 467, 470-471.

Annexe

Appareil normatif

Constitution espagnole du 27 décembre 1978

Art. 9 : « 1. Les citoyens et les pouvoirs publics sont soumis à la Constitution et aux autres normes juridiques.

2. Il incombe aux pouvoirs publics de développer les conditions pour rendre réelles et effectives la liberté et l'égalité de l'individu et des groupes auxquels il participe, de supprimer les obstacles qui empêchent ou gênent son épanouissement et de faciliter la participation de tous les citoyens à la vie politique, économique, culturelle et sociale.

3. La Constitution garantit le principe de légalité, la hiérarchie des normes, la publicité des normes, la non-rétroactivité des dispositions infligeant des sanctions plus sévères ou restreignant les droits individuels, la sécurité juridique, la responsabilité et l'interdiction de l'arbitraire des pouvoirs publics ».

Art. 13 : « [...] 3. L'extradition ne sera accordée qu'en application d'un traité ou d'une loi, conformément au principe de réciprocité. Les délits politiques sont exclus de l'extradition, les actes de terrorisme ne sont pas considérés comme tels [...] ».

Art. 15 : « Toute personne a droit à la vie et à l'intégrité physique et morale. Nul ne peut, en aucun cas, être soumis à la torture ni à des peines ou des traitements inhumains ou dégradants. La peine de mort est abolie, sauf dispositions prévues en temps de guerre par les lois pénales militaires. ».

Art. 17 : « 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sinon en application des dispositions du présent article, et dans les cas et selon la forme prévus par la loi.

2. La garde à vue ne peut durer que le temps strictement nécessaire à la réalisation des recherches tendant à l'établissement des faits, et, en tout cas, dans le délai maximum de soixante-douze heures, le détenu sera remis en liberté ou mis à la disposition de l'autorité judiciaire.

3. Toute personne détenue est informée immédiatement, et de manière compréhensible pour elle, de ses droits et des motifs de sa détention, elle ne peut être obligée de

témoigner. L'assistance d'un avocat est garantie au détenu dans les enquêtes policières, dans les termes établis par la loi.

4. La loi règle la procédure d'habeas corpus pour permettre la mise immédiate à la disposition de la justice de toute personne détenue illégalement. De même, la loi détermine la durée maximale de la détention provisoire.

Art. 18 : « 1. On garantit le droit de chacun à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à sa propre image.

2. Le domicile est inviolable. Aucune immixtion ou perquisition ne peut avoir lieu sans le consentement de l'occupant des lieux ou sans une décision judiciaire, sauf en cas de flagrant délit.

3. On garantit à chacun le secret des communications et spécialement des communications postales, télégraphiques et téléphoniques, sauf décision judiciaire.

4. La loi limite l'usage de l'informatique pour préserver l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens et le plein exercice de leurs droits ».

Art. 20 : « 1. Sont reconnus et protégés :

a) le droit d'exprimer et de diffuser librement les pensées, les idées et les opinions par la parole, par l'écrit ou par tout autre moyen de reproduction ;

b) le droit à la production et à la création littéraire, artistique, scientifique et technique ;

c) le droit à la liberté d'enseigner en chaire ;

d) le droit de communiquer et de recevoir librement une information véridique par tout moyen de diffusion. La loi règle le droit à la clause de conscience et au secret professionnel dans l'exercice de ces libertés.

2. L'exercice de ces droits ne peut être restreint par aucune forme de censure préalable.

3. La loi règle l'organisation et le contrôle parlementaire des moyens de communication sociale qui dépendent de l'État ou d'une personne publique quelconque et elle garantit l'accès à ces moyens des groupes sociaux et politiques représentatifs, en respectant le pluralisme de la société et des différentes langues d'Espagne.

4. Ces libertés ont pour limite le respect des droits reconnus au présent titre, des principes contenus dans les lois qui les développent et, plus particulièrement, le droit à l'honneur, à l'intimité, à sa propre image et à la protection de la jeunesse et de l'enfance.

5. La saisie de publications, d'enregistrements ou d'autres moyens d'information ne peut être effectuée qu'en vertu d'une décision judiciaire.

Art. 24 : « 1. Toute personne a le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux dans l'exercice de ses droits et intérêts légitimes. En aucun cas, ce recours ne peut être refusé.

2. De même, chacun a droit au juge ordinaire déterminé préalablement par la loi ; il a le droit de se défendre et d'être assisté d'un avocat, d'être informé de l'accusation portée contre lui ; il a droit à un procès public, dans un délai raisonnable, et avec toutes les garanties ; il a le droit d'utiliser les moyens de preuve pertinents pour sa défense, de ne pas témoigner contre lui-même, de ne pas s'avouer coupable et il a droit à la présomption d'innocence.

La loi règle les cas où pour des raisons de parenté ou de secret professionnel, on ne sera pas obligé de témoigner sur des faits présumés délictueux ».

Art. 55 : « 1. Les droits reconnus aux articles 17 et 18, paragraphes 2 et 3, aux articles 19 et 20, paragraphes 1 a) et d) et 5, aux articles 21 et 28, paragraphe 2, et à l'article 37, paragraphe 2, pourront être suspendus dans les cas où il aura été décidé de déclarer l'état d'exception ou l'état de siège, dans les termes prévus par la Constitution. Toutefois, en cas de déclaration de l'état d'exception, il ne peut être dérogé aux dispositions de l'article 17, paragraphe 3.

2. Une loi organique peut déterminer la forme et les cas où, à titre individuel et avec la nécessaire intervention de la justice et un contrôle parlementaire adéquat, les droits reconnus aux articles 17 (paragraphe 2) et 18 (paragraphes 2 et 3) peuvent être suspendus pour certaines personnes, en relation avec les recherches concernant l'activité de bandes armées ou d'éléments terroristes.

L'utilisation injustifiée ou abusive des facultés reconnues par cette loi organique entraînera la responsabilité pénale pour violation des droits et des libertés reconnus par la loi. »

Art. 63 : [...] 3. Il incombe au roi, avec l'accord préalable des Cortès générales, de déclarer la guerre et de faire la paix ».

Art. 116 : « 1. Une loi organique réglera l'état d'alerte, l'état d'exception et

l'état de siège, ainsi que les compétences et les limitations correspondantes ;

2. L'état d'alerte sera déclaré par le Gouvernement par un décret pris en Conseil des Ministres pour une période maximum de quinze jours. Il en sera rendu compte au Congrès des députés qui se réunira immédiatement à cet effet et sans l'autorisation duquel ce délai ne pourra être prorogé. Le décret déterminera le territoire auquel s'appliquent les effets de la déclaration ;

3. L'état d'exception sera déclaré par le Gouvernement par un décret pris en Conseil des Ministres, après autorisation du Congrès des députés. L'autorisation et la proclamation de l'état d'exception devront déterminer expressément les effets de celui-ci, le territoire auquel il s'applique et sa durée, qui ne pourra pas excéder une période de trente jours, renouvelable pour la même durée et dans les mêmes conditions ;

4. L'état de siège sera déclaré à la majorité absolue du Congrès des députés sur la proposition exclusive du Gouvernement. Le Congrès déterminera le territoire auquel il s'applique, sa durée et ses conditions ;

5. On ne pourra procéder à la dissolution du Congrès aussi longtemps que sera en vigueur l'état d'alerte, l'état d'exception ou l'état de siège. Les Chambres seront automatiquement convoquées au cas où elles ne seraient pas en session. Leur fonctionnement, ainsi que celui des autres pouvoirs constitutionnels de l'État, ne pourra pas être interrompu tant que seront en vigueur les états mentionnés. Lorsque le Congrès aura été dissous ou que son mandat aura expiré et que se produit l'une ou l'autre des situations donnant lieu à l'un des états indiqués, les compétences du Congrès seront assumées par sa Députation permanente ;

6. La déclaration de l'état d'alerte, de l'état d'exception et de l'état de siège ne modifiera pas le principe de la responsabilité du Gouvernement et de ses agents reconnu dans la Constitution et dans les lois ».

Art. 169 : « On ne peut engager la révision de la Constitution en temps de guerre ou lorsque l'un des états prévus à l'article 116 est en vigueur ».

**Constitution de la République française
du 4 octobre 1958**

Art. 16 : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.

Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée ».

Art. 34 : « La loi fixe les règles concernant :

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;
- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;
- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ; [...] ».

Art. 35 : « La déclaration de guerre est autorisée par le Parlement.

Le Gouvernement informe le Parlement de sa décision de faire intervenir les forces armées à l'étranger, au plus tard trois jours après le début de l'intervention. Il précise les objectifs

poursuivis. Cette information peut donner lieu à un débat qui n'est suivi d'aucun vote.

Lorsque la durée de l'intervention excède quatre mois, le Gouvernement soumet sa prolongation à l'autorisation du Parlement. Il peut demander à l'Assemblée nationale de décider en dernier ressort.

Si le Parlement n'est pas en session à l'expiration du délai de quatre mois, il se prononce à l'ouverture de la session suivante ».

Art. 36 : « L'état de siège est décrété en Conseil des ministres.

Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement ».

Art. 61 : « Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours.

Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation. »

Art. 61-1 : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».

Art. 66 : « Nul ne peut être arbitrairement détenu.

L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

* * *

Art. 1^{er}, loi du 3 avril 1878, relative à l'état de siège : « L'état de siège ne peut être déclaré qu'en cas de péril imminent, résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée.

Une loi peut seule déclarer l'état de siège ; cette loi désigne les communes, les arrondissements ou départements auxquels il s'applique. Elle fixe le temps de sa durée. L'expiration de ce temps, l'état de siège cesse de plein droit, à moins qu'une loi nouvelle n'en prolonge les effets ».

Art. 1^{er}, loi n° 55-385 du 3 avril 1955 modifiée instituant un état d'urgence : « L'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain ou des départements d'outre-mer, soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ».

* * *

**Constitution
de la République italienne
du 27 décembre 1947**

Art. 2 : « La République reconnaît et protège les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où s'exprime sa personnalité ».

Art 3, al. 2 et 3 : « Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales.

Il appartient à la République d'aplanir les obstacles d'ordre économique et social qui, limitant effectivement la liberté et l'égalité des citoyens, s'opposent au plein épanouissement de la personne humaine et à la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du Pays »

Art. 13 : « La liberté personnelle est inviolable.

Aucune forme de détention, d'inspection ou de perquisition personnelles, ainsi que de toute autre forme de restriction de la liberté personnelle, n'est admise si ce n'est par un acte motivé de l'autorité judiciaire, et dans les seuls cas et sous les seules modalités prévus par la loi.

Dans les cas exceptionnels de nécessité et d'urgence, prévus limitativement par la loi, l'autorité de sûreté publique peut adopter des mesures provisoires qui doivent être communiquées dans les quarante-huit heures à l'autorité judiciaire ; si celle-ci ne les confirme pas dans les quarante-huit heures suivantes, elles sont considérées comme rapportées et sont privées de tout effet.

Toute violence physique et morale sur les personnes soumises en quelque manière à des restrictions de liberté est punie.

La loi fixe la durée maximale de la détention préventive ».

Art. 14 : « Le domicile est inviolable.

Il ne peut être procédé à aucune inspection, perquisition ou saisie si ce n'est dans les cas et selon les modalités établies par la loi conformément aux garanties prescrites pour la protection de la liberté personnelle.

Les contrôles et les inspections effectués pour des motifs de santé et de salubrité publiques ou à des fins économiques et fiscales sont régis par des lois spéciales ».

Art. 15 : « La liberté et le secret de la correspondance et de toute autre forme de communication sont inviolables.

Leur limitation peut avoir lieu uniquement par un acte motivé de l'autorité judiciaire et avec les garanties établies par la loi ».

Art. 23 : « Aucune prestation personnelle ou patrimoniale ne peut être imposée, si ce n'est sur le fondement d'une loi ».

Art. 24, al. 1^{er} et 2 : « Tous les citoyens ont le droit d'ester en justice pour la protection de leurs droits et de leurs intérêts légitimes.

Les droits de la défense sont inviolables à tout moment et à chaque phase du procès ».

Art. 25 : « Nul ne peut être distrait de son juge naturel désigné par la loi.

Nul ne peut être condamné si ce n'est en vertu d'une loi entrée en vigueur avant que le fait ne soit commis.

Nul ne peut être soumis à des mesures de sûreté si ce n'est dans les cas prévus par la loi ».

Art. 27, al. 3 et 4 : « Les peines ne peuvent consister en des traitements contraires aux sentiments humanitaires et doivent viser à la rééducation du condamné.

La peine de mort n'est pas admise, sauf dans les cas prévus par les lois militaires applicables en temps de guerre »

Art. 32, al. 2 : « ... La loi ne peut en aucun cas violer les limites imposées par le respect de la personne humaine ».

Art. 76 : « L'exercice de la fonction législative ne peut être délégué au gouvernement que si l'on en a déterminé les principes directeurs, et seulement pour une durée de temps limitée et pour un objet bien défini ».

Art. 77 : « Sans délégation des Chambres, le gouvernement ne peut pas adopter de décrets ayant la valeur d'une loi ordinaire.

Dans les cas extraordinaire de nécessité et d'urgence, quand le gouvernement adopte, sous sa responsabilité, des mesures provisoires ayant la valeur d'une loi, il doit le jour même les présenter aux chambres pour être converties en loi ; même si elles sont dissoutes, celles-ci sont expressément convoquées et se réunissent dans les cinq jours.

Les décrets perdent toute efficacité *ab initio*, s'ils ne sont pas convertis en loi dans un délai de soixante jours à partir de leur publication. Les Chambres peuvent toutefois régler par une loi les rapports juridiques fixés par les décrets sont convertis ».

Art. 117 : Le pouvoir législatif est exercé par l'État et les Régions dans le respect de la

Constitution, aussi bien que des contraintes découlant de la réglementation communautaire et des obligations internationales.

L'État a le pouvoir exclusif de légiférer dans les matières suivantes:

a) politique étrangère et relations internationales de l'État; relations de l'État avec l'Union européenne; droit d'asile et statut juridique des ressortissants d'États qui ne sont pas membres de l'Union européenne;

b) immigration;

c) relations entre la République et les confessions religieuses;

d) défense et forces armées; sécurité de l'État; armes, munitions et explosifs; [...]

h) ordre public et sécurité, à l'exclusion de la police administrative locale [...]

Art. 134 : « La Cour constitutionnelle juge :

- des litiges relatifs à la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi de l'État et des régions ;

- des conflits d'attribution entre les pouvoirs de l'État, entre l'État et les régions et entre les régions ;

- des accusations portées contre le Président de la République aux termes de la Constitution ».

Art. 138 : « Les lois portant révision de la Constitution et les autres lois constitutionnelles sont adoptées par chaque Chambre en deux délibérations successives, séparées d'un intervalle d'au moins trois mois, et à la majorité absolue des membres de chaque Chambre lors de la seconde délibération.

Ces mêmes lois sont soumises à référendum populaire lorsque, dans les trois mois qui suivent leur publication, demande en est faite par un cinquième des membres d'une Chambre ou par cinq cent mille électeurs ou par cinq Conseils régionaux. La loi soumise à référendum n'est pas promulguée, si elle n'est pas approuvée à la majorité des suffrages valablement exprimés.

Le référendum n'a pas lieu si la loi a été approuvée lors de la seconde délibération par chacune des deux Chambres à la majorité des deux tiers de ses membres.

Art. 139 : « La forme républicaine ne peut faire l'objet d'une révision constitutionnelle ».

Bibliographie

I. - Ouvrages et thèses

- A.A.V.V., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Riferimenti comparativi*, Actes du séminaire tenu à Rome, Palazzo della Consulta, 13 et 14 octobre 1992, Milan, Giuffrè, 1994.
- ALIX (J.), *Terrorisme et droit pénal – Étude critique des incriminations terroristes*, Paris, Dalloz, 2010.
- ALMAGRO NOSETE (J.), *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, Centro de estudios Ramon Aceres, 1996.
- ALONSO DE ANTONIO (A-L.), ALONSO DE ANTONIO (J-L.), *Derecho constitucional español*, 4^{ème} éd., Madrid, Editorial Univesitas, 2006.
- ALSTON (P.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- ALVAREZ CONDE (E.), *El regimen político español*, Madrid, Tecnos, 1990.
- ALZAGA VILLAAMIL (O.), *La Constitución española de 1978. Comentario sistematico*, Madrid, El Foro, 1978.
- ANGIOLINI (V.), *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padoue, Cedam, 1986.
- ANGIOLINI (V.), *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padoue, Cedam, 1992.
- AZZARITI (G.) (dir.), *Interpretazione costituzionale*, Turin, Giappichelli, 2007.
- BALDASSARRE (A.), *Diritti della persona e valori costituzionali*, Turin, Giappichelli, 1997.
- BALDUZZI (R.), *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle forze armate*, Milan, Giuffrè, 1988.
- BALDUZZI (R.), Costanzo (P.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007.
- BANNELIER (K.), CHRISTAKIS (Th.), CORTEN (O.), DELCOURT (B.) (dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, éd. A. Pedone, Coll. Cahiers internationaux du CEDIN, 2002.
- BARILE (P.), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologne, Il Mulino, 1984.
- BARILE (P.), *Istituzioni di diritto pubblico*, 5^{ème} éd., Padoue, Cedam, 1987.
- BAUCCIO (L.), *L'accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale. Aspetti teorici e pratici*, Milan, Giuffrè, 2005.
- BAUDREZ (M.), *Les actes législatifs du Gouvernement en Italie. Contribution à l'étude de la loi en droit constitutionnel italien*, Paris, Economica, 1994.
- BAUDREZ (M.), DI MANNO (Th.), *Liber amicorum Jean-Claude Escarras, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- BIGO (D.), *Polices en réseaux*, Paris, Presses de Sciences politiques, 1996.

- BIGO (D.), BONELLI (L.), DELTOMBE (T.) (dir.), *Au nom du 11 septembre ... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, La découverte, 2008.
- BLACHER (Ph.), *Volonté générale et contrôle de constitutionnalité*, Paris, P.U.F., 2001.
- BLACHER (Ph.), *Droit constitutionnel*, Paris, Hachette, 2009.
- BLACHER (Ph.), *Droit des relations internationales*, 4^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2011.
- BON (P.), MAUS (D.), *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008.
- BON (P.), MODERNE (F.), RODRIGUEZ (Y.), *La justice constitutionnelle en Espagne*, Paris, Economica, 1984.
- BONCINELLI (V.), *I valori costituzionali fra testo e contesto, Regole e forme di razionalità del giudizio costituzionale*, Turin, Giappichelli, 2007.
- BONETTI (P.), *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologne, Il Mulino, 2006.
- BRAGE CAMAZANO (J.), *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.
- BREY (J-L.), *Derecho constitucional de España (sistema de la Constitución de 1978)*, Madrid, Editorial universitas, 2006.
- BRIBOSIA (E.), WEYEMBERGH (A.) (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, n° 34, 2002.
- BÜCK (V.), *L'influence des cours constitutionnelles sur la politique pénale – Etude comparée France – Espagne*, Paris, L.G.D.J., 2002.
- BURGOS PAVON (F.), *Temas de derecho penal*, Centro de Estudios financieros, 1991.
- CAMBOT (P.), *La protection de la liberté individuelle en Espagne et en France*, Paris, Economica, 1998.
- CAMUS (G.), *L'état de nécessité en démocratie*, Paris, L.G.D.J., 1965.
- CAMUS (C.), *La Guerre contre le terrorisme. Dérives sécuritaires et dilemme démocratique*, Paris, Le Félin, 2007.
- CANCIO MELIA (M.), *Los delitos de terrorismo : estructura típica e injusto*, Madrid, éd. Reus, 2010.
- CANTEGREIL (J.), *Terrorisme et libertés, La voie française après le 11 septembre*, Paris, En temps réel, 2005.
- CANTEGREIL (J.), *Pour une théorie des « cas extrêmes » : aux limites du pouvoir juridictionnel, droit politique et philosophie, à propos d'un concept de G. Timsit*, Paris, Ed. rue d'Ulm, 2006.
- CANTEGREIL (J.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux. France, Etats-Unis, Allemagne*, Thèse Université Paris I-La Sorbonne, sous la direction d'O. Pfersmann, 2010.
- CAPPELLETTI (M.), *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990.
- CARRASCO JIMENEZ (P.), *La definicion del terrorismo desde una perspectiva sistematica*, Madrid, Plaza y Valdes, 2009.
- CARNEVALE (P.) (dir.), *Guerra e costituzione*, Actes du colloque organisé à l'Université de Roma tre le 12 avril 2002, Turin, Giappichelli, 2004.

- CAVINO (M.), LOSANO (M.), TRIPODINA (C.) (a cura di), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Actes du Congrès de l'Association Droit public comparé et européen, Alessandrie, Università degli Studi, 9 mai 2008, Turin, Giappichelli, 2009.
- CENTRE DE RECHERCHE SUR LES DROITS FONDAMENTAUX ET LES EVOLUTIONS DU DROIT, *Pouvoirs exceptionnels et droits fondamentaux*, Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux, n° 6, Caen, Presses universitaires de Caen, 2008.
- CESONI (M-L.) (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2007.
- CLIMENT DURAN (C.), PASTOR ALCOY (F.), *Código penal con todas sus reformas comparadas por artículos*, Valence, Editorial práctica de derecho, 2004.
- COBO DEL ROSAL (M.) (dir.), BAJO FERNANDEZ (M.) (coord.), *Comentarios a la legislación penal, Tomo XI : La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas terrorismo y rebelión*, Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 1990.
- COBO DEL ROSAL (M.), SUÁREZ LÓPEZ (J-M.), *Código penal*, Barcelone, Bosch, 2004.
- CONDE- PUMPIDO TOURON (C.) (dir.), LOPEZ BARJA DE QUIROGA (J.) (coord.), *Comentarios al Código penal*, Barcelone, Bosch, 2007.
- CÓRDOBA RODA (J.), GARCÍA ARÁN (M.) (dir.), *Commentarios al Código penal – Parte especial- Tomo II*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- CRUZ VILLALON (P.), *El estado de sitio y la Constitucion*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1980.
- CRUZ VILLALON (P.), *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984.
- DE ENTERRIA (G.), PREDIERI (A.), *La Constitución española de 1978*, Estudio sistematico, 2ème éd., Madrid, Civitas, 1981.
- DE ESTEBAN (J.), LOPEZ GUERRA (L.), *El régimen constitucional español*, Tome I, Barcelone, Ed. Labor, 1980.
- DE MONTBRIAL (Th.), *Rapport annuel mondial sur le système économique et les stratégies*, Institut français des relations internationales (IFRI), Paris, Ed. Atlas Economica, 1986.
- DE VERGOTTINI (G.), *Guerra e Costituzione, Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologne, Il Mulino, 2004.
- DE VICENTE MARTINEZ (R.), *El principio de legalidad penal*, Valence, Tirant lo blanch, 2004.
- DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle*, Thémis, PUF, 1992.
- DELMAS-MARTY (M.), *Le relatif et l'universel*, Paris, Le seuil, 2004.
- DELMAS-MARTY (M.), *Libertés et sûretés dans un monde dangereux*, Paris, Editions du Seuil, 2010.
- DELMAS-MARTY (M.), LAURENS (H.) (dir.), *Terrorisme : histoire et droit*, Paris, CNRS éditions, 2010.
- DELPECH (Th.), *Le terrorisme international et l'Europe*, Institut d'Etudes de Sécurité, Union européenne, Paris, Cahiers de Chaillot, n° 56, 2002.
- DERRIDA (J.), *Voyous*, Paris, Galilée, 2003.

- DI GIOVINE (A.), SICARDI (S.) (a cura di), *Democrazie imperfette*, Actes du Congrès de l'Association de droit public comparé et européen, Turin, Università degli Studi, 29 mars 2002, Turin, Giappichelli, 2005.
- DI MANNO (Th.), *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Paris, Aix-en-Provence, PUAM-Economica, 1994.
- DI MANNO (Th.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Paris, Economica, 1997.
- DOKHAN (D.), *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, Paris, LGDJ, 2001.
- DOUCET (G.), *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calmann-Lévy, 2003.
- DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2011.
- DUMONT (H.), MANDOUX (P.), STROWEL (A.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, Actes du colloque du 14 février 2000, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- DWORKIN (R.), *L'Empire du droit*, Paris, PUF, 1994.
- El código penal del 1995 y sus posteriores reformas*, 3^o éd., Valence, Tirant lo blanch, 2005.
- ERGEÇ (R.), *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles – Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987.
- ERGEÇ (R.), *Maintien de l'ordre et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987.
- ESPOSITO (C.), *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milan, Giuffrè, 1992.
- FALZONE (V.), PALERMO (F.), COSENTINO (F.), *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milan, Mondadori, 1991.
- FAVOREU (L.), *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988.
- FAVOREU (L.), *Les Cours constitutionnelles*, 3^{ème} éd., Paris, P.U.F., 1996, Collection Que sais-je ?, n° 2293.
- FAVOREU (L.) (dir.), *Droits des libertés fondamentales*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2002.
- FAVOREU (L.) (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2009.
- FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1999.
- FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 11^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2001.
- FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2007.
- FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2009.
- FERNANDEZ (T-R.), *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1981.
- FRESA (C.), *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padoue, Cedam, 1981.

- GARAPON (A.), LEVI-VALENSI (J.), SALAS (D.), *Albert Camus – Réflexions sur le terrorisme*, Paris, Nicolas Philippe, 2002.
- GARRIDO FALLA (F.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Ed. Civitas, 1980.
- GARRIGOS (M.), *Les aspects procéduraux de la lutte contre le terrorisme – Etude de droit interne et international*, Thèse soutenue à l'Université Panthéon – La Sorbonne – Paris 1 sous la direction de Mme le professeur GUIDICELLI-DELAGE, 2004.
- GENEVOIS (B.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel – principes directeurs*, Paris, S.T.H., 1988.
- GONZALES BEILFUSS (M.), *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional*, Cizur-Menor, Thomson-Aranzadi, 2003.
- GRANGER (M-A.), *Constitution et sécurité intérieure : essai de modélisation juridique*, Paris, L.G.D.J., 2011.
- GRASSO (P-G.), *I problemi giuridici dello “stato di assedio” nell’ordinamento italiano*, Pavie, Pubblicazione dell’Università di Pavia, Turin, UTET, 1988.
- GREWE (C.), RUIZ-FABRI (H.), *Droits constitutionnels européens*, Paris, P.U.F., 1995.
- GROPPI (T.) (dir.), *Democrazia e terrorismo*, Lezioni volterrane, vol. I., Naples, Editoriale Scientifica, 2006.
- HAARSCHER (G.), *Les démocraties survivront-elles au terrorisme ?*, Bruxelles, Labor, 2002.
- HARDT (M.), NEGRI (A.), *Empire*, Paris, Exils, 2000.
- HENNEBEL (L.), VANDERMEERSCH (D.) (dir.), *Juger le terrorisme dans l’État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- HUSTER (S.), GARZON VALDES (E.), MOLINA (F.), *Terrorismo y derechos fundamentales*, Madrid, Fundacion coloquio juridico europeo, 2010.
- JEANDIDIER (W.), *Droit pénal général*, Paris, Montchrestien, 1988.
- La lutte internationale contre le terrorisme*, Paris, La Documentation française, Problèmes politiques et sociaux, n° 671, 1991.
- LAMARCA PEREZ (C.), *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1985.
- LAVAGNA (C.), *Istituzioni di diritto pubblico*, 6^{ème} éd., Turin, U.T.E.T., 1985.
- Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, Actes du colloque organisé au Minsitère de la Justice, Paris, le 16 février 2009, par l’Institut Louis Favoreu, GERJC, UMR 6201 du CNRS, Aix-en-Provence, PUAM, 2009.
- LOPEZ GARRIDO (D.), GARCIA ARAN (M.), *El código penal del 1995 y la voluntad del legislador – Commentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, Paracuelos de Jarama, 1996.
- LUCAS VERDU (P.), *Constitución española. edición comentada*, Madrid, CEC, 1979.
- LUCHAIRE (F.), *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Paris, Economica, 1987.
- LUCHAIRE (F.), *Le Conseil constitutionnel, Tome 1 - Organisation et attributions*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 1997.
- LUCHAIRE (F.), *Le Conseil constitutionnel, Tome II - Jurisprudence, première partie : l’individu*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 1998.

- LUCIANI (M.), *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padoue, Cedam, 1983.
- LUCIANI (M.), *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padoue, Cedam, 1984.
- MAGNON (X.) (dir.), *La Question prioritaire de constitutionnalité. Pratique et contentieux*, Paris, Litec, 2011.
- MALFATTI (E.), PANIZZA (S.), ROMBOLI (R.), *Giustizia costituzionale*, Turin, Giappichelli, 2003.
- MANTOVANI (F.), *Diritto penale, Parte generale*, Padoue, Cedam, 2001.
- MARAZZITA (G.), *L'emergenza costituzionale*, Milan, Giuffrè, 2003.
- MARTIN (J-C.), *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- MARTINEZ SOSPEDRA (M.), *Aproximación al Derecho constitucional español, La Constitución de 1978*, Valencia, F. Torres, 1980.
- MATHIEU (B.), MACHELON (J-P.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), ROUSSEAU (D.), PHILIPPE (X.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel – 1958-1983*, Paris, Dalloz, 2009.
- MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997.
- MOCCIA (S.), *La perenne emergenza*, Naples, ESI 1995.
- MORAL DE LA ROSA (J.), *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Madrid, Centro de Estudios financieros, 2005.
- MORTATI (C.), *Istituzioni di diritto pubblico*, T. 1, 9^{ème} éd., Padoue, Cedam, 1975.
- MUÑOZ CONDE (F.), *Derecho penal. Parte Especial*, 2^{ème} éd. Séville, Universidad, 1976.
- MUÑOZ CONDE (F.), *Derecho penal, Parte especial*, 6^{ème} éd., Seville, Universidad, 1985.
- NANIA (R.), RIDOLA (P.), *I diritti costituzionali*, 2^{ème} éd., Turin, Giappichelli, 2006.
- PACE (A.), *Problematica delle libertà costituzionale – Lezioni – Parte speciale*, 2^{ème} éd., Padoue, Cedam, 1992.
- PACE (A.), *Problematica delle libertà costituzionali*, 3^{ème} éd., Padoue, Cedam, 2003.
- PALADIN (L.), *Diritto costituzionale*, 3^{ème} éd., Padoue, Cedam, 1998.
- PALMA GONZALES (E-E.), *El derecho de excepción en el primer constitucionalismo español*, Valladolid, Universidad de Vammadolid, Secretariado de publicaciones e Intercambio Editorial, 2000.
- PANIZZA (S.), PIZZORUSSO (A.), ROMBOLI (R.), ROSSI (E.), *Il contributo della giustizia costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Turin, Giappichelli, 1997.
- PARDINI (J-J.), *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Paris, Economica, 2001.
- PENA-GAIA (A.), *La justice constitutionnelle, Belgique – Espagne – Italie – Allemagne*, vol. II, Paris, La Documentation française, 1998.

- PEREON (P.), *La protection constitutionnelle de la liberté personnelle en Italie*, Thèse, Université du Sud Toulon – Var, 2001.
- PEREZ ROYO (J.) (dir.), CARRASCO DURAN (M.) (coord.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- PHILIPPE (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives française*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1990.
- PINNA (P.), *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milan, Giuffrè, 1988.
- PITRUZZELLA (G.), *La legge di conversione del decreto-legge*, Padoue, Cedam, 1989.
- PONTHOREAU (M.-C.), *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française – Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1994.
- POULET (F.), « Quel avenir pour les saisines blanches devant le Conseil constitutionnel ? (Commentaire de la décision n° 2011-630 DC du 26 mai 2011) », 23 juin 2011, [www.blogdroitadministratif.net]
- PRADEL (J.), *Droit pénal général*, 18^{ème} éd., Paris, Cujas, 2010.
- PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2002.
- PRADEL (J.), CADOPPI (A.), *Droit pénal général comparé, étude de cas*, Paris, éd. Cujas, 2005.
- RAMON SERRANO-PIEDecasas (J.), DEMETRIO CRESPO (E.) (dir.), *Terrorismo y estado de derecho*, Madrid, Iustel, 2010.
- REDOR (M.-J.) (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics – Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme*, Actes du colloque, Université Libre de Bruxelles, 19 et 20 mars 1973, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1974.
- REINARES (F.) (dir.), *European democracies against terrorism*, Dartmouth, Ashgate, 2000.
- RENOUX (Th.), *L'indemnisation publique des victimes d'attentats*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1988.
- RENOUX (Th.), DE VILLIERS (M.), *Code constitutionnel*, 4^{ème} éd., Paris, Litec, 2010.
- RIDEAU (J.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 1998.
- ROBERT (J.), DUFFAR (J.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2009.
- ROSI (E.), SCOPELLITI (S.) (a cura di), *Terrorismo internazionale : modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione, Commento al d.l. 27 luglio 2005, n. 144 convertito con modificazioni nella legge 31 luglio 2005, n. 155*, Coll. Diritto e Giustizia, Milan, Giuffrè, 2006.
- ROUSSEAU (D.), *La justice constitutionnelle en Europe*, 2^{ème} éd., Paris, Montchrestien, Coll. Clefs, 1996.
- ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, 8^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2008.
- ROUSSILLON (H.), *Le Conseil constitutionnel*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2008.
- RUIZ LANDABURU (J.-L.), *Provocación y apología : delitos de terrorismo*, Madrid, Colex, 2002.
- SAINT BONNET (F.), *L'Etat d'exception*, Paris, P.U.F., 2001.

- SANCHEZ AGESTA (L.), *El sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 1980.
- SANCHEZ AGESTA (L.), *El sistema político de la Constitución española de 1978*, 7^{ème} éd. Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 1993.
- SIMONCINI (A.) (dir.), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, EUM, 2006.
- SORRENTINO (F.), *Le fonti del diritto*, Gênes, ECIG, 2002.
- STEFANI (G.), LEVASSEUR (G.), BOULOC (B.), *Droit pénal général*, 19^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2005.
- TARNERO (J.), *Les terrorismes*, Toulouse, Ed. Milan, 1998.
- TERRADILLOS BASOCO (J.), *Terrorismo y derecho – Comentarios a las leyes orgánicas 3 y 4/1988 de reforma del código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, Madrid, Tecnos, 1988.
- TREMEAU (J.), *La réserve de loi*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1997.
- TROPER (M.), CHAMPEILS-DESPLATS, GRZEGORCYK (C.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 2005.
- TROTSKY (L.), *Terrorisme et communisme (L'anti-Kautsky)* (1935), Paris, Union générale d'éditions, 1963.
- VEDASCHI (A.), *A la guerre comme à la guerre ? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Turin, Giappichelli, 2007.
- Verso un diritto penale del nemico ?*, num. monografico, *Questione e giustizia*, 4/2006.
- VIESTI (G.), *Il decreto-legge*, Naples, Jovene, 1967.
- VITU (A.), MERLE (R.), *Traité de droit criminel*, 7^{ème} éd., Paris, éd. Cujas, 1997.
- XYNOPOULOS (G.), *Les contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, L.G.D.J., 1995.
- ZAGREBELSKY (G.), *Manuale di diritto costituzionale*, Turin, U.T.E.T., 1987.
- ZAGREBELSKY (G.), *La giustizia costituzionale*, 2^{ème} éd., Bologne, Il Mulino, 1988.

II. - Articles, contributions et notes

- A. ECHAPPE (O.), « Tableau comparé des systèmes d'exception », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 115-122.
- ABELLAN MATESANZ (I-M.), « Commentaire de l'article 55 de la Constitution espagnole », Décembre 2003, [www.congreso.es].
- ACKERMAN (B.), « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme », *Esprit*, n° 4, 2006, p. 150-164.
- ADAMOVICH (L.), « Marge d'appréciation du législateur et principe de proportionnalité dans l'appréciation des « restrictions prévues par la loi » au regard de la Convention », *R.T.D.H.*, 1991, p. 291-300.

- AINIS (M.), « L'eccezione e la sua regole », *Giur. cost.*, 1993, p. 891-896.
- ALBRECHT (P-A.), « La politique criminelle dans l'état de prévention », *Déviance et société*, n° 2, 1997, p. 123-136.
- ALVAREZ CONDE (E.), « Stato di diritto e terrorismo. Il caso spagnolo », in T. GROPPI (dir.), *Democrazia e terrorismo*, Lezioni volterranne, vol. I., Naples, Editoriale Scientifica, 2006, p. 335-358.
- ALVAREZ-OSSORIO MICHEO (F.), « El « adecuado control parlamentario » (art. 55.2 CE), segun la STC 71/1994 », *R.E.D.C.*, n° 43, 1995, p. 283-305.
- AMANN (D-M.), « Le dispositif américain de lutte contre le terrorisme », *R.S.C.*, 2002, p. 745-764.
- AMATO (G.), « Commentario all'art. 13 », in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione. Rapporti civili Art. 13-20*, Bologna, Rome, Zanichelli, Il Foro italiano, 1977, p. 1-53.
- AMNESTY INTERNATIONAL BELGIQUE, « Les règles d'exception – Europe de l'ouest », in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs : contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, Travaux des Xème journées d'études juridiques JEAN DABIN, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 433-459.
- ANGIOLINI (V.), « Emergenza che trovi, Costituzione che vuoi? », *Giur. cost.*, I, 1989, p. 2126-2131.
- ANIBALE (S.), « Guerriglia o terrorismo ? Alcune osservazioni di diritto internazionale », *Dir. pen. e processo*, 2005, p. 1272-1283.
- ARDANT (PH.), « Les Constitutions et les libertés », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, p. 61-74.
- ARMAND (G.), « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *R.F.D.C.*, 2006/1, n° 65, p. 35-72.
- ARMAND (G.), « Régimes légaux en période exceptionnelle et régimes exceptionnelles en période normale », *Cahiers de la Recherche sur les Droits fondamentaux*, n° 6, Pouvoirs exceptionnels et droits fondamentaux, 2008, p. 113-121.
- ARROYO ZAPATERO (L.), « Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal », *R.E.D.C.*, n° 8, 1983, p. 9-46.
- ASUA BATARRITA (A.), ALAVAREZ VIZCAYA (M.), « La répression du terrorisme en Espagne », *Archives de politique criminelle*, n° 28, 2006, p. 215-236.
- BAAB (F.), « La coopération judiciaire européenne dans la lutte contre le terrorisme », in *SOS Attentats – Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calmann-Levy, 2003, p. 82-90.
- BADINTER (R.), « Pour une cour criminelle internationale », in *Liber Amicorum Boutros Boutros Ghali*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 109-133.
- BADINTER (R.), GENEVOIS (B.), « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux – Rapport français », VIII° Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Aix-en-Provence, Septembre 1989, *A.I.J.C.* 1990, p. 133-159.
- BALDAZZI (D.), « Quando i casi di scuola diventano casi concreti », 15 mai 2008, [www.forumcostituzionale.it], 6 p

- BALDUZZI (R.), « Profili organizzativi e ruolo delle Corti: schemi di giustizia costituzionale comparata », in P. COSTANZO (a cura di), *Organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 461-473
- BALDUZZI (R.), « La difficile ricerca di uno standard di compatibilità costituzionale degli strumenti di contrasto del terrorismo globale », in M. CAVINO, M. LOSANO, C. TRIPODINA (a cura di), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Actes du Congrès de l'Association Droit public comparé et européen, Alessandrie, Università degli Studi, 9 mai 2008, Turin, Giappichelli, 2009, p. 1-8.
- BALSAMO (A.), « Misure contro il terrorismo: risarcimento del danno per erronea inclusione nelle liste dei soggetti coinvolti in atti terroristici », CJCE, 27 febbraio 2007, Gestoras Pro Amnistia ed altri c. Consiglio dell'Unione europea, *Cassazione penale*, n° 7/8, 2007, p. 3086-3091.
- BARAK (A.), « Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia », *Giur. Cost.*, 2002, p. 3385-3395.
- BARAK (A.), « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge: le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *R.F.D.C.*, 2006, p. 227-302.
- BARATTA (A.), « Droits de l'homme et politique criminelle », *Déviance et société*, n° 3, 1999, p. 239-257.
- BARATTA (A.), « Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti ? », *Dem. dir.*, n° 3-4, 2000, p. 19-36.
- BARBERINI (R.), « La definizione internazionale di terrorismo », *Questione e Giustizia*, n° 6, 2002, p. 1347-1360.
- BARCA (L.), « No al terrorismo e no alla guerra, il messaggio della Spagna all'europa », *Il Ponte*, n° 4, 2004, p. 26-29.
- BARILE (P.), « La pubblica sicurezza », in *Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vincenza, Veri Pozza editore, 1967, p. 11-50.
- BARILE (P.), « Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale », in A.A.V.V., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Riferimenti comparativi*, Actes du séminaire tenu à Rome, Palazzo della Consulta, 13 et 14 octobre 1992, Milan, Giuffrè, 1994, p. 21-42.
- BARILE (P.), « Garanzie costituzionali e diritti fondamentali: un'introduzione », in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Rome, Treccani, 1997, p. 7-23.
- BARILE (P.), « Diritti fondamentali e garanzie costituzionali: un'introduzione », in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milan, Giuffrè, 1999, p. 135-152.
- BARILE (P.), CHELI (E.), « Corrispondenza (libertà di) », in *Enc. dir.*, vol. X, Milan, Giuffrè, 1962, p. 743-753.
- BARILE (P.), CHELI (E.), « Domicilio (libertà di) », in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milan, Giuffrè, 1964, p. 859-871.
- BASCHERINI (G.), « L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura », *Riv. dir. cost.*, 2003, p. 3- 62.
- BASSIOUNI (C.), « Perspectives en matière de terrorisme », in *Mélanges P. BOUZAT*, Paris, Pedone, 1980, p. 472-487.

- BASSU (C.), « Guerra al terrore ed equilibrio costituzionale. Il caso degli Stati Uniti d'America », *Queste istituzioni*, n° 138/139, 2005, p. 11-23.
- BASSU (C.), « Il ruolo del congresso degli Stati Uniti nella lotta al terrorismo », *Rassegna parlamentare*, n° 1, 2006, p. 227-240.
- BASSU (C.), « Il ruolo delle Corti nella lotta al terrorismo : una comparazione angloamericana », *Quaderni costituzionale*, 2006, p. 467-489.
- BATTAGLINI (G.), « Convenzione europea, misure d'emergenza e controllo del giudice », *Giur. cost.*, I, 1982, p. 404-427.
- BATSELE (D.), « Police et droits de l'homme : une nécessaire conciliation », in *Mélanges PIERRE LAMBERT*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 51-67.
- BATTISTELLI (F.), « Terrorismo e sicurezza : "il problema è un altro" ? », *Il Ponte*, 2002, p. 29-36.
- BAUDREZ (M.), « Décrets-lois réitérés en Italie : l'exaspération mesurée de la Cour constitutionnelle », *R.F.D.C.*, 1997, p. 747-762.
- BENCHIKH (M.), « Le terrorisme, les mouvements de libération nationale et de sécession et le droit international », in K. BANNELIER, Th. CHRISTAKIS, O. CORTEN, B. DELCOURT (dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Editions A. Pedone, 2002, coll. Cahiers internationaux, CEDIN-Paris 1, n° 17, p. 69-81.
- BENETTI (J.), « La question prioritaire de constitutionnalité – La genèse de la réforme », *A.J.D.A.*, 2010, p. 74-79.
- BENOIT (L.), « La lutte contre le terrorisme dans le cadre du deuxième pilier : un nouveau volet des relations extérieures de l'Union européenne », *R.D.U.E.*, 2002, p. 283-313.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE (I.), « Garantías en la Constitución ante la suspensión de los derechos fundamentales », *Revista de ciencias sociales*, n° 42, 1981, p. 57-78.
- BERGER (V.), « Le contrôle de constitutionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme », *L.P.A.*, n° spécial, n° 46, 2009, p. 40-45.
- BERISTAIN (A.), « Les terrorismes en Pays-Basque et en Espagne », *R.I.D.P.*, 1986, p. 133-171.
- BERTHELET (P.), « L'impact des événements du 11 septembre sur la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », *Cultures et conflits*, n° 46, 2002, p. 27-63.
- BIDEGARAY (C.), EMERI (C.), « La définition constitutionnelle des droits et des libertés en France », in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1987, p. 13-40.
- BIGAUT (C.), « Les suspensions de la Constitution. Les régimes dérogatoires aux dispositions constitutionnelles : les suspensions provisoires de la Constitution », *R.A.*, n° 325, 2002, p. 47-54.
- BIGO (D.), HERMANT (D.), « Les politiques de lutte contre le terrorisme : enjeux français », in F. REINARES (dir.), *European democracies against terrorism*, Dartmouth, Ashgate, 2000, p. 73-118.

- BIGO (D.), WALKER (R.B.J.), « Liberté et sécurité en Europe : enjeux contemporains », *Cultures et conflits*, n° 61, 2006, p. 103-136.
- BIGO (D.), « L'impact des mesures anti-terroristes sur l'équilibre entre liberté et sécurité et sur la cohésion sociale en France », in BRIBOSIA (E.), WEYEMBERGH (A.) (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, n° 34, 2002, p. 219-247.
- BIGO (D.), « L'impossible cartographie du terrorisme », *Cultures et Conflits*, Articles inédits, 2008, mis en ligne le 25 février 2005, [<http://conflits.revues.org/index1149.html>].
- BILANCIA (F.), « Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto », *Giur. cost.*, 1993, p. 3007-3042.
- BILBAO UBILLOS (J-M.), « La excarcelacion tenia un precio : el tribunal enmienda la plana al legislador (Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB) », *Revista española de Derecho constitucional*, n° 58, 2008, p. 277-342.
- BISIOU (Y.), « Enquête proactive et lutte contre la criminalité organisée », in M.-L. CESONI (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2007, p. 347-378.
- BLACHER (PH.), « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 17-28.
- BLANCO VALDES (R.), « A proposito della “illegalizione” di Batasuna », *Quaderni costituzionali*, n° 4, 2002, p. 749-769.
- BOBILLO (F.J.), « Constitucion y legislacion antiterorista », *R.E.P. (Nueva epoca)*, n° 48, 1985, p. 47-76.
- BOBBIO (N.), « voce Fatto normativo », in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milan, Giuffrè, 1967, p. 988-995.
- BON (P.), « Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale », in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, Paris, éd. C.N.R.S., 1991, p. 35-70.
- BON (P.), « Le Tribunal constitutionnel espagnol », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, 1997, p. 38-76.
- BON (P.), « La question d'inconstitutionnalité en Espagne », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 123-141.
- BONELLI (L.), « Les caractéristiques de l'antiterrorisme français : “parer les coups pour panser les plaies” », in D. BIGO, L. BONELLI, T. DELTOMBE (dir.), *Au nom du 11 septembre ... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, La découverte, 2008, p. 168-187.
- BONETTI (P.), « Diritto alla vita : anche contro il terrorismo e anche in Cecenia », *Quaderni costituzionali*, n° 3, 2005, p. 682-685.
- BONETTI (P.), « In nome della sicurezza internazionale si possono limitare i diritti di difesa, di giusto processo e di proprietà di potenziali finanziatori del terrorismo », *Quaderni costituzionali*, n° 1, 2006, p. 144-149.
- BONETTI (P.), « Problemi e prospettive costituzionali nella lotta al terrorismo in Italia », in M. CAVINO, M. LOSANO, C. TRIPODINA (a cura di), *Lotta al terrorismo e*

- tutela dei diritti costituzionali*, Actes du Congrès de l'Association Droit public comparé et européen, Alessandrie, Università degli Studi, 9 mai 2008, Turin, Giappichelli, 2009, p. 95-116.
- BONINI (M.), « La “lotta” al terrorismo : il quadro giuridico internazionale e comunitario », *R.I.D.P.C.*, 2001, p. 890-894.
- BONINI (M.), « Oltre lo “Stato-nazione” per una politica europea di “lotta” al terrorismo », *R.I.D.P.C.*, 2001, p. 899-902.
- BONINI (S.), « Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche », *Cass. pen.*, n° 5, 2009, p. 2216-2231.
- BOTTI (A.), « Madrid dopo l'11 marzo », *Il mulino*, 2004, n° 413, p. 534-543.
- BOUCHARD (M.), CASELLI (G-C.), « voce Terrorismo (disciplina penale) », in *Enc. Treccani*, Roma, 1995, 4 p.
- BOULOC (B.), « Chronique législative », Loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne, *R.S.C.*, 2003, p. 591-592.
- BOURDON (W.), « Les détenus français à Guantanamo : un trou noir judiciaire », *SOS Attentats – Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calmann-Lévy, 2003, p. 186-199.
- BOUTHOUL (G.), « Le terrorisme », *Études Polémologiques, Revue française de Polémologie*, n° 8, avril 1973, p. 37-46, in *La lutte internationale contre le terrorisme*, Paris, La Documentation française, Problèmes politiques et sociaux, n° 671, 1991, p. 3-4.
- BRAIBANT (G.), « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges M. WALINE, Le juge et le droit public*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 297-306.
- BRAIBANT (G.), « L'État face aux crises », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 5-9.
- BRUNELLI (G.), PUGIOTTO (A.), « Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale : la centralità del « fatto » nelle decisioni della Corte », in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento delle Corti costituzionali*, Turin, Giappichelli, 1996, p. 245-268.
- BRUNO (M.), « Les conséquences des attentats du 11 septembre 2001 en droit français et en droit communautaire », in G. LEBRETON (dir.), *Interrogations sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 2001 et 2002*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 175-198.
- BUISSON (J.), « Des contrôles d'identité requis aux fouilles requises », *Jurisclasseur*, mars 2002, p. 3-7.
- BULLIER (A-J.), « Une Cour fédérale d'appel remet en cause tout le processus judiciaire établi par l'administration Bush pour lutter contre le terrorisme : l'arrêt *Al-Marri v. Wright* du 11 juin 2007 », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2007, p. 414-420.
- BURATTI (A.), « Il Presidente della Repubblica rinvia alla Camere una legge di conversione di un decret-legge disomogeneo e privo dei presupposti di necessità ed urgenza », [www.associazionedeicostituzionalisti.it].
- CAILLE (P.), « L'état d'urgence – la loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation », *R.D.P.*, 2007, p. 323-353.

- CALAMO SPECCHIA (M.), « Al vaglio del *Conseil constitutionnel* la *loi anti-terroriste* : il fine giustifica i mezzi ? », *Dir. pub. comp. eur.*, 2006, p. 722-728.
- CALDERONE (C.R.), « “*Emergenza*” e necessità di tutela dell’ordine democratico », *Giurisprudenza di merito*, IV, 1980, p. 209-216.
- CALIGIURI (A.), « La definizione di “terrorismo internazionale” secondo l’ordinamento italiano : un contributo alla definizione della fattispecie », *Giur. it.*, 2005, p. 1516-1520.
- CAPOTOSTI (P-A.), « Le politiche della sicurezza : i nuovi equilibri tra Parlamento e Governo », in *Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, Convegno annuale dell’Associazione Italiana dei costituzionalisti, Bari, 17-18 ottobre 2003, [www.associazionedeicostituzionalisti.it].
- CAPPELLETTI (M.), « Des juges législateurs ? », in M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990, p. 23-114.
- CAPPELLETTI (M.), « Le contrôle juridictionnel des lois en droit comparé », in M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990, p. 179-213.
- CAPPELLETTI (M.), « Un problème majeur : contrôle juridictionnel des lois et principe de démocratie », in M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990, p. 215-248.
- CAPPELLETTI (M.), « Montesquieu abandonné? Développement et légitimité de la “justice constitutionnelle” », in M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990, p. 249-279.
- CARETTI (P.), « Italie – Table Ronde : Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, 2002, p. 267-291.
- CARLASSARE (L.), « Una possibile lettura in positivo della sent. n°15 », note sous Cour const., arrêt n°15 de 1982, *Giur. cost.*, I, 1982, p. 102-104.
- CARLASSARE (L.), « Voce Legge (riserva di) », in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Rome, Treccani, 1990, 14 p.
- CARLASSARE (L.), « Stati d’eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati », in M. GALIZIA, P. GROSSI, *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milan, Giuffrè, 1990, p. 479-490.
- CARMONA CONTRERAS (A.M.), « Respuestas del ordenamiento jurídico español frente al terrorismo: “el rayo que no cesa” », in M. CAVINO, M. LOSANO, C. TRIPODINA (a cura di), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Actes du Congrès de l’Association Droit public comparé et européen, Alessandrie, Università degli Studi, 9 mai 2008, Turin, Giappichelli, 2009, p. 139-180.
- CARNEVALE (P.), « *Emergenza* bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell’attualità », *Giur. cost.*, 2002, p. 4509-4528.
- CARNEVALE (P.), « *Emergenza* bellica, guerra al terrorismo e forma di governo : qualche considerazione sulla disattuazione dell’art. 78 della Costituzione », in T. GROPPI (dir.), *Democrazia e terrorismo*, Lezioni volterranne, vol. I, Naples, Editoriale Scientifica, 2006, p. 99-119.

- CARNEVALE (P.), « Il vizio di “evidente mancanza” dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007 », *Riv. giur. it.*, 2007, p. 2677-2686.
- CARTIER (M.E.), « Introduction », Colloque de l'Institut suisse de police (ISP) à l'occasion de son jubilé (1946-1996), le 7 novembre 1996, *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1997.
- CARTIER (M.E.), « Le terrorisme dans le nouveau code pénal français », *R.S.C.*, 1995, p. 225-246.
- CASSIA (P.), DONNAT (F.), « Terrorisme international et droits fondamentaux : les leçons du droit communautaire », *R.F.D.A.*, 2008, p. 1204-1217.
- CASTILLO (M.), CHEMAIN (R.) « La réserve d'ordre public en droit communautaire », in M-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics - Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 133-166.
- CAUSSE (H.), « La loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne - Aspects « entreprise de sécurité privée » », *J.C.P.*, n° 10, 2002, p. 425-426.
- CAUSSE (H.), « Le principe de sûreté et le droit à la sécurité – Regards sur la future loi «sécurité quotidienne» », *Gaz. pal.*, 19-20/12/2001, p. 2-9.
- CECCANTI (S.), « Le democrazie protette : da eccezione a regola già prima dell'11 settembre », in *Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei costituzionalisti, Bari, 17-18 octobre 2003, [www.associazionedeicostituzionalisti.it]
- CELOTTO (A.), « La “storia infinita”: ondivaghi e contraddittori orientamenti sul controllo dei presupposti del decret-legge », *Giur. cost.*, 2002, p. 133-137.
- CELOTTO, « La “seconda rondine”: ormai c'è un giudice per i presupposti del decreto-legge », www.giustamm.it.
- CERDA-GUZMAN (C.), « La Constitution, une arme efficace contre le terrorisme ? », *R.F.D.C.*, 2008, p. 41-63.
- CERF (A.), « Ordre public, droit pénal et droits fondamentaux », in M-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics - Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 63-83.
- CERQUA (L.D), « Sulla nozione di terrorismo internazionale », *Cass. pen.*, n° 4, 2007, p. 1578-1600.
- CERQUA (F.), « Giurisprudenza di merito – G.u.p. Trib. Milano, 24 gennaio 2005, Giud. Forleo, Imp. Hamraouaki e altro – G.u.p. Trib. Brescia, Ord. 31 gennaio 2005, Giud. Spano, Imp. Hamraouaki e altro », *Cass. pen.*, 2005, p. 3114-3138.
- CERRI (A.), « I modi argomentativi del sindacato di *ragionevolezza* delle leggi : cenni di diritto comparato », in A.A.V.V., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Riferimenti comparativi*, Actes du séminaire tenu à Rome, Palazzo della Consulta, 13 et 14 octobre 1992, Milan, Giuffrè, 1994, p. 131-161.
- CERVATI (A.), « Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi », in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte*

- costituzionale*, Atti del convegno, Trieste, 2-28 maggio 1988, Milan, Giuffrè, 1988, p. 125-153.
- CESONI (M-L.), « Terrorisme et involutions démocratiques », *Rev. dr. Pen. Crim.*, 2002, p. 141-153.
- CESONI (M-L.), « Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité organisée : paradigme de l'efficacité et désuétude des principes fondamentaux. Introduction générale », in M-L. CESONI (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2007, p. 1-56.
- CEYHAN (A.), « Terrorisme, immigration et patriotisme. Les identités sous surveillance », *Cultures et conflits*, n° 44, 2001, p. 117-133.
- CHALIAND (G.), « Figures et évolutions du terrorisme contemporain », *Encyclopedia Universalis. Universalis*, 2001, p. 79-85.
- CHALUMEAU (E.), « La politique de lutte contre l'insécurité », *Regards sur l'actualité*, Paris, La Documentation française, 2001, p. 27-40.
- CHAMPEIL-DESPLAT (V.), « Les conséquences du 11 septembre 2001 sur le droit des étrangers : perspective comparative », *Gaz. Pal.*, n° 294, 2003, p. 12-18.
- CHARBONNEAU (C.), PANSIER (F-J.), « Présentation de la loi du 18 mars 2003 : de la LSQ au LSI », *Gaz. Pal.*, n° 86, 2003, p. 2-16.
- CHARBONNEAU (C.), PANSIER (F-J.), « Présentation de la loi portant dispositions relatives à la sécurité quotidienne (Suite et fin) », *Gaz. pal.*, n° 239, 2001, p. 7-21.
- CHARBONNEAU (C.), PANSIER (F-J.), « Présentation de la loi portant dispositions relatives à la sécurité quotidienne (2^{ème} partie) », *Gaz. pal.*, n° 238, 2001, p. 3-11.
- CHARBONNEAU (C.), PANSIER (F-J.), « Présentation de la loi portant dispositions relatives à la sécurité quotidienne (1^{ère} partie) », *Gaz. pal.*, n° 237, 2001, p. 4-13.
- CHARILLON (F.), « La politique étrangère de l'Union européenne à l'épreuve des normes américaines », *Cultures et conflits*, n° 44, 2001, p. 135-152.
- CHARLIER-DAGRAS (M-D.), « La lutte anti-terroristes et les droits fondamentaux », in *Mélanges J-P. MARICHY*, Toulouse, Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse, 2003, p. 45-61.
- CHASSIN (C-A.), « La protection juridictionnelles des droits fondamentaux à travers le recours d'*Amparo* constitutionnel en Espagne », *Les cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, Presse Universitaire de Caen, n° 1, 2002, p. 33-45.
- CHERCHI (B.), « Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'assemblea costituente », *Riv. trim. dir. publ.*, 1981, p. 1108-1153.
- CHIAVARIO (M.), CASELLI (G-C.), PERDUCA (A.), NOSENGO (S.), « Commento alla legge 29/05/1982, n. 304 per la difesa dell'ordinamento costituzionale », *Leg. pen.*, 1982, p. 539-607.
- CHIAVARIO (M.), « Commento alla legge 6/2/1980, n. 15, conversione in legge, con modificazioni del d.l. 15/12/1979, n. 625, concernente misure urgenti per la

- tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica », *Leg. pen.*, 1981, p. 26-107.
- CHINNI (D.), « Un passo avanti (con salto dell'ostacolo) nel sindacato della Corte costituzionale sui presupposti della decretazione d'urgenza », *Giur. it.*, 2008, p. 2670-2677.
- CHOUQUET (C.), « Terrorisme, criminalité organisée et défense », *Droit et défense*, n° 2, 2001, p. 11.
- CLAMOUR (G.), « Al-Qaida (ou presque) devant le Conseil d'État », *D.*, jsp., 2005, p. 824-828.
- COMBACAU (J.), « Conclusions générales », in M-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics - Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 415-434.
- COMMARET (D.), « L'application de la Constitution par la Cour de cassation : la jurisprudence de la chambre criminelle », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 178-184.
- CONDORELLI (L.), « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *Rev. gén. dr. int. public*, 2001, p. 829-948.
- CONDORELLI (L.), DE SENA (P.), « Les droits de l'homme à Guantanamo: en attendant la Cour Suprême des Etats-Unis », in *Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Liberté, justice, tolérance*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 445-461.
- CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, « Documento sul terrorismo internazionale », *Foro it.*, V., 2006, p. 286-290.
- CORSO (G.), « voce Ordine pubblico (dir. pubbl.) », in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milan, Giuffrè, 1980, p. 1057-1083.
- CORSO (G.), « voce Ordine pubblico nell diritto amministrativo », in *D.D.P.*, vol. IV, Turin, UTET, 1995, p. 437-448.
- CORTEN (O.), « Lutte contre le terrorisme et droit à la paix : une conciliation délicate », in BRIBOSIA (E.), WEYEMBERGH (A.) (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, n° 34, 2002, p. 37-69.
- COSTA (J-P.), « Le juge et les libertés », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, p. 75-87.
- COSTANZO (P.), « La qualité des lois dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne », in *Liber Amicorum J-C. Escarras, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 767-782.
- CRISAFULLI (V.), « La Corte costituzionale ha vent'anni », in *A.A.V.V., La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 74-84.
- CRUZ VILLALON (P.), « La protección extraordinaria del Estado », in G. DE ENTERRIA et A. PREDIERI, *La Constitución española de 1978, Estudio sistematico*, 2^{ème} éd., Madrid, Civitas, 1981, p. 689-720.
- CRUZ VILLALON (P.), « Normalidad y excepción », *R.E.D.C.*, n° 71, 2004, p. 187-200.
- CRUZ VILLALON (P.), « Suspension individual de derechos », in M. ARAGON REYES, *Temas basicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, p. 232-233.

- CRUZ VILLALON (P.), « Le contrôle *a priori* en Espagne, vingt ans après sa suppression », in *Mélanges L. Favoren, Renouveau du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, p. 95-107.
- CRUZ VILLALON (P.), « Espagne – Rapport Table ronde : le juge constitutionnel et la proportionnalité », *A.I.J.C.*, 2009, p. 169-180.
- CUPELLI (C.), « Il nuovo art. 270-bis C.P.: emergenze di tutela e deficit di determinatezza? », *Cass. Pen.*, II, 2002, p. 897-903.
- DANTI-JUAN (M.), « Les principes directeurs du droit pénal et le Conseil constitutionnel », in J. PRADEL, *Droit constitutionnel et droit pénal*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Paris, éd. Cujas, 2000, p. 15-30.
- DE AMICIS (G.), VILLONI (O.), « Squadre di magistrati e poliziotti par un fronte comune anti-terrorismo », *Diritto e giustizia*, n° 35, 2001, p. 60-63.
- DE AMICIS (G.), VILLONI (O.), « In collaborazione con europol un inventario delle misure di contrasto e dei piani d'intervento », *Diritto e giustizia*, n° 35, 2001, p. 64-67.
- DE BECHILLON (M.), « Les bases constitutionnelles du droit pénal espagnol », *R.S.C.*, 1986, p. 7-23.
- DE BELLESCIZE (D.), « Droit à l'image et attentat », *L.P.A.*, n° 35, 2001, p. 64-67.
- DE FRANCESCO (G.), « Voce Reato politico », in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milan, Giuffrè, 1997, p. 897-915.
- DE GOURNAY (C.), « Le Conseil constitutionnel et la loi “sécurité et liberté” », *A.J.D.A.*, 1981, p. 278-284.
- DE LA CUESTA (J.L.), « La législation antiterroriste en Espagne », in G. DOUCET (dir.), *SOS ATTENTATS, Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calmann-Lévy, 2003, p. 264-276.
- DE LA CUESTA (J.L.), « Traitement juridique du terrorisme en Espagne », *R.S.C.*, 1987, p. 589-605.
- DE LA MAISONNEUVE (E.), « Sécurité et liberté : stratégie pour le XXI^e siècle », in *Un monde à repenser*, Paris, Economica, 2001, p. 1-21.
- DE MONTALIVET (P.), « Les objectif de valeur constitutionnelle », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n° 20, p. 169-175.
- DE SALVIA (M.), « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) élarger à la marge d'appréciation ? », in *Mélanges R. Ryssdal, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Cologne, Carl Heymanns, 2000, p. 373-385.
- DE SCHUTTER (O.), « La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », *R.U.D.H.*, 2001, p. 185-206.
- DE SCHUTTER (O.), « La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », in BRIBOSIA (E.), WEYEMBERGH (A.) (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, n° 34, 2002, p. 85-152.
- DE SIERVO (U.), « Informazione, comunicazione globale e privacy », in *Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, in *Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei

- costituzionalisti, Bari, 17-18 octobre 2003, [www.associazionedecostituzionalisti.it].
- DE VERGOTTINI (G.), « Les états de nécessité en droit public italien », *Cahiers du C.D.P.C.*, vol. III., La Garde, Université de Toulon et du Var-C.D.P.C., 1988, p. 71-82.
- DE VERGOTTINI (G.), « Profili costituzionali della gestione delle emergenze », *Rassegna Parlamentare*, 2001, p. 275-294.
- DE VERGOTTINI (G.), « Guerra e costituzione », *Quad. cost.*, 2002, p. 19-34.
- DE VERGOTTINI (G.), « La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo », *Rassegna parlamentare*, 2004, p. 427-454.
- DE VILLIERS (M.), « La décision du 25 janvier 1985 (état d'urgence en Nouvelle-Calédonie) », *R.A.*, 1985, p. 355-358.
- DE VITO (M.), « La controversa distinzione tra terrorismo internazionale e guerriglia per l'autodeterminazione e la liberazione nazionale : la posizione della Corte di cassazione italiana », *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n° 3, 2007, p. 1120-1127.
- DEL VECCHIO (A-M.), « Problematiche di protezione della persona umana in situazioni di conflittualità e di terrorismo », *Riv. int. dei dir. dell'uomo*, 2003, p. 22-43.
- DELLI SANTI (M.), « Terrorismo internazionale : il problema della definizione giuridica », *Rivista di polizia*, 2006, p. 3-31.
- DECAUX (E.), « Les enjeux internationaux – Des mots face aux maux », *Droits de l'homme : discours et réalité*, Association Droit et démocratie, Paris, juin 2004, *L.P.A.*, n° 69, 2005, p. 14-18.
- DECAUX (E.), « Terrorisme et droit international des droits de l'homme », in M. DELMAS-MARTY, H. LAURENS (dir.), *Terrorisme : histoire et droit*, Paris, CNRS éditions, 2010, p. 291-321.
- DECOCQ (A.), « Note sous la décision du 12 janvier 1977 », *R.S.C.*, 1977, p. 620-621.
- DELMAS-MARTY (M.), « Légalité pénale et prééminence du droit (selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) », in *Mélanges A. VITU, Droit pénal contemporain*, Paris, éd. Cujas, 1989, p. 152-167.
- DELMAS-MARTY (M.), « Lutte contre le terrorisme », in *Raisonner la raison d'état – Vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1989, p. 29-49.
- DELMAS-MARTY (M.), « Désordre mondial et droits de l'homme », in *Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Liberté, justice, tolérance*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 636-651.
- DELMAS-MARTY (M.), « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *R.S.C.*, n° 1, 2009, p. 59-67.
- DELMAS-MARTY (M.), « Typologie juridique du terrorisme : durcissement des particularismes ou émergence d'une communauté mondiale de valeurs », in M. DELMAS-MARTY, H. LAURENS (dir.), *Terrorisme : histoire et droit*, Paris, CNRS éditions, 2010, p. 165-187.
- DELORS (J.), « De nouvelles règles pour un nouveau monde », in *Liber Amicorum Boutros Boutros Ghali*, vol 1, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 355-358.

- DELPEREE (F.), VERDUSSEN (M.), « Belgique – Rapport Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, 2002, p. 91-110.
- DELPEREE (F.), « L'État et ses juges », in R. DRAGO, *Le rôle et la place de l'État au début du XXI^e siècle*, Paris, P.U.F., 2001, p. 291-299.
- DELPEREE (F.), « Acrostiche constitutionnel », in *Mélanges P. Gélard, Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 25-28.
- DELPEREE (F.), « Liberté, légalité et proportionnalité », in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs : contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, Travaux des X^{ème} journées d'études juridiques JEAN DABIN, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 493.
- DELVOLLE (P.), « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Paris, LGDJ Montchrestien, 1988, p. 269-312.
- DENNINGER (E.), « L'impatto della globalizzazione sulle democrazie contemporanee », in *Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei costituzionalisti, Bari, 17-18 octobre 2003, [www.associazionedeicostituzionalisti.it].
- DI GIOVINE (A.), « Emergenza costituzionale », *Questione e Giustizia*, 2004, p. 12-21.
- DI MANNO (Th.), « Les décisions de constitutionnalité précaire en Italie et en France », in *Liber Amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 203-234.
- DIEZ PICASO (L.-M.), « Le principe de la légalité pénale en droit espagnol », in *Liber amicorum J.-C. ESCARRAS, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 805-822.
- DINSTEIN (Y.), « La réforme de la protection des droits de l'homme pendant les conflits armés et les périodes d'urgence et de crise », in *La réforme des institutions internationales de protection des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 357-377.
- DOLCINI (E.), MARINUCCI (G.), « La Constitution et le droit pénal en Italie. Structure de l'infraction et contrainte pour le législateur dans le choix des biens juridiques », *R.S.C.*, 1996, p. 317-331.
- DOMESTICI – MET (M.-J.), « Du jus cogens aux normes intransgressibles - Quelques réflexions sur les techniques et disciplines juridiques impliquées dans le développement d'un ordre public international », in *Mélanges L. DUBOIS, Au carrefour des droits*, Paris, Dalloz, 2002, p. 661-710.
- DONINI (M.), « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », *R.S.C.*, n° 1, 2009, p. 31-42.
- DOUCET (G.), « Terrorisme : recherche de définition ou dérive liberticide ? », in G. DOUCET (dir.), *SOS Attentats – Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calmann-Lévy, 2003, p. 389-400.
- DUMOULIN (A.), « Face au terrorisme – Solidarité et valeurs de l'Union européenne », in *Un monde à repenser*, Paris, Economica, 2001, p. 182-187.
- DUEZ (D.), « De la définition à la labellisation : le terrorisme comme construction sociale », in K. BANNELIER, Th. CHRISTAKIS, O. CORTEN,

- B. DELCOURT (dir.), *Le droit international face au terrorisme*, coll. Cahiers internationaux, CEDIN-Paris 1, n° 17, Paris, Editions A. Pedone, 2002, p. 105-117.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Les limites du contrôle constitutionnel du point de vue européen », in *Echange de vues avec « l'Union des Cours et des Conseils constitutionnels arabes »*, Commission européenne pour la démocratie par le droit, Venise, 19-20 octobre 2007, [<http://venice.coe.int>], 6 p.
- DWORKIN (R.), « George W. Bush, une menace pour le patriotisme américain », *Esprits*, Juin 2002, p. 6-13.
- DWORKIN (R.), « Corte Suprema e garanzie nel trattamento dei terroristi », *Quaderni costituzionali*, 2005, p. 905-920.
- EL YAZAMI (D.), « Les pays de la méditerranée après le 11 septembre – De l'usage opportuniste du terrorisme », *Raison présente*, n° 142, 2002, p. 75-82.
- ELIA (L.), « Sui possibili rimedi all'abuso della decretazione d'urgenza », in *I decreti-legge non convertiti*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 11 novembre 1994, Milan, Giuffrè, 1996, p. 186-190.
- ELLI (G-A.), « Associazione con finalità di terrorismo internazionale e misure cautelari : elementi costitutivi del delitto e criteri probatori in tema di finalità terroristica del sodalizio affrontati dal G.i.p. e dal Tribunale del Riesame di Milano », *Foro ambrosiano*, 2006, p. 412-424.
- ELVIRA PERALES (A.), « Sinopsis artículo 17 », Octobre 2006, [www.congreso.es].
- EMANUELLI (Cl.), « Faut-il parler d'une "guerre" contre le terrorisme ? », *Annuaire canadien de droit international*, 2008, p. 415-430.
- EPINETTE (F.), « Vigipirate », in M-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics - Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 337-352.
- ERGEÇ (R.), « Les libertés fondamentales et le maintien de l'ordre dans une société démocratique : un équilibre délicat », in *Maintien de l'ordre et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 3-33.
- ESCARRAS (J-C.), « Sur deux études italiennes : de la communicabilité entre systèmes italien et français de justice constitutionnelle », *Cahiers du C.D.P.C.*, vol. III, La Garde, Université de Toulon et du Var-C.D.P.C., 1987, p. 13-45.
- ESCARRAS (J-C.), « Conseil constitutionnel et Ragionevolezza : d'un rapprochement improbable à une communicabilité possible », in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè, 1994, p. 211-220.
- ESPOSITO (C.), « voce Decreto-legge », in *Enc. dir.*, vol XI, Milan, Giuffrè, 1962, p. 831-867.
- FALCINELLI (D.), « Terrorismo di pace, terrorismo di guerra », *Giust. pen.*, II, 2006, p. 234-253.
- FAVOREU (L.), « Le principe de constitutionnalité : essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Ch. Eisenman*, Paris, Cujas, 1975, p. 33-48.

- FAVOREU (L.), « La protection des droits et libertés fondamentaux », *A.I.J.C.*, 1985, p. 183-190.
- FAVOREU (L.), « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale – Vers un droit constitutionnel pénal », in *Mélanges A. VITU, Droit pénal contemporain*, Paris, éd. Cujas, 1989, p. 169-209.
- FAVOREU (L.), « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », in D. ROUSSEAU, F. SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, S.T.H., 1990, p. 33-45.
- FAVOREU (L.), « Conseil constitutionnel et *ragionevolezza*: d'un rapprochement improbable à une communicabilité possible. Parte 2° », in A.A.V.V., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Riferimenti comparativi*, Actes du séminaire tenu à Rome, Palazzo della Consulta, 13 et 14 octobre 1992, Milan, Giuffrè, 1994, p. 221-228.
- FAVOREU (L.), « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.*, 2001, Chron., p. 1739-1744.
- FELICETTI (F.), « I diritti inviolabili della Costituzione italiana », *R.A.R.I.*, I, 1993, p. 1071-1087.
- FERRARI (G.), « voce Guerra (stato di) », in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milan Giuffrè, 1970, p. 816-848.
- FERRARI BRAVO (L.), « La risposta della comunità internazionale al fenomeno del terrorismo », in *Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei costituzionalisti, Bari, 17-18 octobre 2003, [www.associazionedeicostituzionalisti.it].
- FERNANDEZ Segado (F.), « La constitucionalizacion de la defensa extraordinaria del estado. En torno a la obra de Pedro Cruz Villalon “El estado de sitio y la Constitucion” », *R.E.D.C.*, n° 4, 1982, p. 229-248.
- FERNANDEZ Segado (F.), « La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales », *R.E.Pol. Nueva época*, n° 35, 1983, p. 123-182.
- FERNANDEZ SEGADO (F.), « Suspension de los derechos y libertades – Comentario introductorio al capítulo V », in O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitucion española de 1978*, Tome IV, Madrid, Cortes generales Editoriales de derecho reunidas, 1996, p. 583-596.
- FERNANDEZ SEGADO (F.), « Artículo 55: Suspension de derechos », in O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitucion española de 1978*, Tome IV, Madrid, Cortes generales Editoriales de derecho reunidas, 1996, p. 597-665.
- FERNANDEZ LOPEZ (M-F.), « La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional », in M-R. ALARCON CARACUEL, *Constitución y derecho del trabajo, 1981-1991 : (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, ed. Marcia Pons, 1992, p. 161-274.
- FILIPPI (L.), « Le disposizioni processuali - D.L. n. 144 del 27 luglio 2005 convertito con modificazioni dalla L. n.155 del 31 luglio 2005, Misuri urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale », *Diritto penale e processo*, 2005, p. 1212-1222.

- FILIPPI (L.), « Terrorismo internazionale : le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili processuali », *Diritto penale e processo*, n° 2, 2002, p. 163-176.
- FLETCHER (G.P.), « I fondamenti filosofico-giuridici della repressione del terrorismo », in M. DOUINI, M. PAPA, *Diritto penale del nemico – Un dibattito internazionale*, Milan, Giuffrè, 2007, p. 363-387.
- FLORA (G.), CORSO (P-M.), « Commento alla legge 18/2/1987, n. 34, Misure a favore di chi si dissocia dal terrorismo », *Legislazione penale*, 1987, p. 595-621.
- FOESSEL (M.), « La sécurité : paradigme pour un monde désenchanté », *Esprit*, n° 4, 2006, p. 194-207.
- FONTAINE (L.), « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits? L'exemple des démocraties est-européennes à la fin du XX^e siècle », *Cahiers de la Recherche sur les Droits fondamentaux*, n° 6, Pouvoirs exceptionnels et droits fondamentaux, 2008, p. 39-60.
- FONTANELLA (M-J.), « Terrorismo internazionale e ordinamento italiano dopo l'11 settembre 2001 », *Iustitia*, 2007, p. 143-153.
- FORTESCUE (A.), « Un nouveau chantier prioritaire de L'Union européenne : construire un espace de liberté, de sécurité et de justice », *L.P.A.*, n° 194, 2002, p. 13-24.
- FOYER (J.), « Droit et politique dans la répression du terrorisme en France », in *Mélanges G. Levasseur*, Paris, Litec, 1992, p. 410-420.
- FOYER (J.), « Droits internationaux de l'homme et ordre public international », in *Mélanges R. GOY*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 333-348.
- FRAISSE (R.), « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *L.P.A.*, n° spécial, n° 46, 2009, p. 74-85.
- FRAISSEX (P.), « Le conseil constitutionnel et le législateur, collaboration ou concurrence ? », *L.P.A.*, n° 88, 1993, p. 10-14.
- FRANCIOSI (G.), « Emergenza terrorismo e diritti di libertà », *Quad. cost.*, 2002, p. 77-79.
- FRANCK (Cl.), « L'évolution des méthodes de protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel sous la septième législature », *J.C.P.*, I, 1986, n° 3256.
- FRAYSSE-DRUESNE (G.), « La Convention européenne pour la répression du terrorisme », *Rev. gén. dr. inter. public*, 1978, p. 969-1023.
- FRIER (P-C.), « Les législations d'exception », *Pouvoirs*, n°10, 1979, p. 22-34.
- FRIGO (G.), « Le nuove anomalie intaccano l'edificio in restauro », *Guida al diritto*, n° 42, 2001, p. 93-96.
- FRONZA (E.), « Legislazione antiterrorismo e deroghe ai diritti fondamentali riflessioni sulla teoria del "margine nazionale di apprezzamento" », *Studi sulla questione criminale*, n° 2, 2006, p. 31-57.
- FROSINI (T-E.), « Subsidiariedad y Constitución », *R.E.P.*, n° 115, 2002, p. 7-25.
- FROSINI (J-O.), Pennicino (S.), « La lotta al terrorismo nella patria dell'habeas corpus. Evidenze del dinamismo costituzionale britannico », in M. CAVINO, M.

- LOSANO, C. TRIPODINA (a cura di), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Actes du Congrès de l'Association Droit public comparé et européen, Alessandrie, Università degli Studi, 9 mai 2008, Turin, Giappichelli, 2009, p. 61-79.
- GALMARD (M.-H.), « Vers une nouvelle approche du phénomène terroriste ? Apports de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives aux contrôles transfrontaliers », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2007, n° 1, p. 5-28.
- GALVEZ MONTES (J.), « Artículo 81 », in O. ALZAGA VILLAAMIL, *Constitucion española de 1978*, Tomo VII, Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 1985, p. 11-76.
- GAMBINO (S.), « Communicabilité et comparaison entre les systèmes juridiques – Méthode et recherche juridique en Italie », in M. BAUDREZ et Th. DI MANNO (dir), *Liber amicorum Jean-Claude Escarras, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 71-106.
- GARAPON (A.), « Les dispositifs antiterroristes de la France et des Etats-Unis », *Esprit*, n° 4, 2006, p. 125-149.
- GARCIA DE ENTERRIA (E.), « Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución », *R.E.D.C.*, n° 10, 1984, p. 11-61.
- GARCIA-ESCUADERO MARQUEZ (P.), « Comentario de l'articolo 81 », juin 2005, [www.congreso.es].
- GARRIGOS-KERJAN (M.), « La tendance sécuritaire de la lutte contre le terrorisme », *Archives de politique criminelle*, n° 28, 2006, p. 189-213.
- GAUTIER (Y.), « La lutte de l'Union contre le terrorisme : vers un équilibre enfin ? », *Europe*, 2001, p. 3-4.
- GENEVOIS (B.), « La liberté individuelle, le droit d'asile et les conventions internationales – À propos de la décision n° 86-216 DC du 3 septembre (loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France) », *R.F.D.A.*, 1987, p. 120-124.
- GENEVOIS (B.), « Remarques sur l'ordre public », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics - Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 405-414.
- GENEVOIS (B.), « L'enrichissement des techniques de contrôle », in Colloque du cinquantième du Conseil constitutionnel, 3 novembre 2008, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Hors-série, 2009, p. 36-45.
- GIAMPIERETTI (M.), « Tre tecniche di giudizio in una decisione di ragionevolezza », note sous Cour const. n° 28 de 1998, *Giur. cost.*, 1998, p. 169-176.
- GIANNITI (L.), RICHTER (P.-S.), « voce Urgenza », in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milan, Giuffrè, 1992, p. 901-906.
- GIANNULI (A.), « Les services de renseignement italiens et la "guerre au terrorisme" », in D. BIGO, L. BONELLI, T. DELTOMBE, *Au nom du 11 septembre ... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, La découverte, 2008, p. 234-245.
- GIARDINA (A.), « Articolo 78 », in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologne, Zanichelli, 1979, p. 94-115.

- GICQUEL (J.), « Les états de nécessité », in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1987, p. 171-185.
- GIMENEZ GARCIA (J.), « Comentario de la sección 2 : De los delitos de terrorismo », in CONDE-PUMPIDO TOURON (C.) (dir.), LOPEZ BARJA DE QUIROGA (J.) (coord.), *Comentarios al código penal*, V, Barcelone, Bosch, 2007, p. 3667-3718.
- GOESEL-LE BIHAN (V.), « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 1997, p. 227-267.
- GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *R.F.D.C.*, 2001, p. 67-83.
- GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *R.F.D.C.*, 2007, p. 269-295.
- GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 208-215.
- GOESEL-LE BIHAN (V.), « France – Rapport Table ronde : le juge constitutionnel et la proportionnalité », *A.I.J.C.*, 2009, p. 191-212.
- GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *L.P.A.*, n° spécial, n° 46, 2009, p. 62-69.
- GOGUEL (F.), « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux – Conseil constitutionnel français », in L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1987, p. 225-239.
- GOHIN (O.), « La constitutionnalité de la loi relative à la sécurité quotidienne », *Droit et défense*, 2002, p. 13-16.
- GOMEZ-REINO CARNOTA (E.), « Las libertades públicas en la Constitución », in *Lectura sobre la Constitución española*, tome I, Madrid, U.N.E.D., 1978, p. 65.
- GOZZI (M-H.), « La loi sur la sécurité quotidienne et la lutte antiterroriste », *D.*, 2002, p. 4-6.
- GRANGER (M-A.), « Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme : le point de vue constitutionnel », in S. NIQUEGE (dir.), *L'infraction pénale en droit public*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 134-163.
- GRASSO (P-G.), « voce Necessità (dir. pubbl.) », in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Varese, Giuffrè, 1977, p. 866-882.
- GRASSO (P-G.), « Contributo allo studio sulla prevenzione dello stato di emergenza – Sul divieto costituzionale di riorganizzazione del disciolto partito fascista », *Dir. e Soc.*, 2002, p. 517-547.
- GRASSO (P-G.), ILLARI (S.), « Questione di teoria generale del diritto pubblico nelle disposizioni in materia di terrorismo », *Il Politico*, n° 3, 2007, p. 76-124.
- GREVI (V.), « Sistema penale e leggi dell'emergenza : la risposta legislativa al terrorismo », in G. PASQUINO (a cura di), *La prova delle armi*, Bologne, Il Mulino, 1984, p. 17-74.
- GREWE (C.), « Europol », in M-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics - Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 317-336.

- GREWE (C.), KOERING-JOULIN (R.), « De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures antiterroristes », in *Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Liberté, justice, tolérance*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 891-916.
- GREWE (C.), SOMMERMAN (K-P.), « Allemagne, -Rapport Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, 2002, p. 71-90.
- GROSSO (C-F.), « voce Necessità (dir. pen.) », in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Varese, Giuffrè, 1977, p. 882-898.
- GUARINO (G.), « Terrorismo e lotte di liberazione nazionale la legge applicabile », *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, n° 21, 2006, p. 7-24.
- GUARINO (G.), « Terrorismo, conflitti interni e internazionali : la legge applicabile », *La giustizia penale*, 2006, III, p. 257-290.
- GUASTINI (R.), « Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation », *R.D.P.*, 1991, p. 1079-1087.
- GUASTINI (R.), « voce Leggalità (principio di) », in *D.D.P (Digesto delle Discipline Pubblicistiche)*, vol. IX, 4^{ème} éd., Turin, U.T.E.T., 1994, p. 84-96.
- GUASTINI (R.), « voce Legge (riserva di) », in *D.D.P (Digesto delle Discipline Pubblicistiche)*, vol. IX, 4^{ème} éd., Turin, U.T.E.T., 1994, p. 163-173.
- GUAZZAROTTI (A.), « Il rigore della Consulta sulla decretazione d'urgenza : una camicia di forza per la politica ? », [www.forumcostituzionale.it], 9 p.
- GUENA (Y.), « Le rôle du Conseil constitutionnel français », Exposé présenté à l'occasion du 150^{ème} anniversaire de l'État fédéral Suisse, le 13 juin 1998, p. 6-7, [www.conseil-constitutionnel.fr].
- GUEYDAN (C.), « La coopération européenne en matière de lutte contre le terrorisme », *Rev. recherche juridique*, 1993, p. 883-911.
- GUIMEZANES (N.), « La loi du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme », *Droit et défense*, 1997, p. 62-63.
- GUIMEZANES (N.), « La loi du 9 septembre 1986 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France », *J.C.P.*, I, 1987, n° 3270.
- GUITET (E-P.), « L'imposition de l'agenda politique espagnol à l'Europe de l'antiterrorisme », in D. BIGO, L. BONELLI, T. DELTOMBE, *Au nom du 11 septembre ... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, La découverte, 2008, p. 227-233.
- HABIB (L.), « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1986, p. 695-730.
- HAARSCHER (G.), « Conclusions. Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? », in *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, Actes du colloque du 14 février 2000, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 491-497.
- HAQUET (A.), « Droit pénal constitutionnel ou droit constitutionnel pénal ? », in *Mélanges G. Gicquel, Constitution et pouvoirs*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 233-243.
- HAMON (L.), « Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels », *D.*, Chron., 1974, p. 83-90.

- HAMON (L.), « La définition constitutionnelle des droits et des libertés en France », in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1987, p. 41-62.
- HEBBERECHT (P.), DUPREZ (D.), « Sur les politiques de prévention et de sécurité en Europe : réflexions introductives sur un tournant », *Dév. soc.*, n°4, 2001, p. 371-376.
- HOFFMAN (B.), « Les terrorismes et la réponse américaine », in G. CHALIAND, *Les stratégies du terrorisme*, Paris, Desclée de Brouwer, 2002, p. 141-161.
- HUERTA TOCILDO (S.), « El derecho fundamental a la legalidad penal », *R.E.D.C.*, n° 39, 1993, p. 81-113.
- « Il documento della magistratura milanese sul terrorismo », *Dem. e dir.*, 1979, p. 312-315.
- ILLUMINATI (G.), « Reati “speciali” e procedure “speciali” nella legislazione d'emergenza », *Giust. pen.*, 1981, p. 106-112.
- INSOLERA (G.), « Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale », *Dir. pen. e processo*, n° 11, 2004, p. 1325-1330.
- INSOLERA (G.), « Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico », *Dir. pen. e processo*, n° 7, 2006, p. 895-899.
- IORIO (A.), « Commento della legge di conversione del decreto-legge 369/2001 », *Guida al diritto*, n° 50, 2001, p. 39.
- JAKOBS (G.), « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *R.S.C.*, n° 1, 2009, p. 7-18.
- JAN (P.), « État de nécessité contre Etat de droit (à propos de la loi sur la sécurité quotidienne) », *D., Chron.*, 2001, p. 3443-3445.
- JANNONE (A.), « Operazioni under cover contro i legami con la droga », *Guida al diritto*, n° 50, 2001, p. 32-34.
- JANNONE (A.), « Agenti infiltrati: in alto mare la tutela dell'identità », *Guida al diritto*, n° 42, 2001, p. 91-92.
- JEAN (P.), « La jurisprudence de la commission et de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de terrorisme », *Rev. recherche juridique*, 1994, p. 509-533.
- JENNEQUIN (A.), « Le contrôle de compatibilité avec la Constitution en matière de droit pénal », *A.J.D.A.*, 2008, p. 594-597.
- JOUBE (E.), « La convention de Strasbourg pour la répression du terrorisme, arme contre le tiers monde européen », in *Mélanges R-E. CHARLIER, Service public et libertés*, Paris, Edition de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 807-829.
- JUROVICS (Y.), « Les controverses sur la question de la qualification du terrorisme : crime de droit commun, crime de guerre ou crime contre l'humanité ? », in K. BANNELIER, TH. CHRISTAKIS, O. CORTEN, B. DELCOURT (dir.), *Le droit international face au terrorisme*, coll. Cahiers internationaux, CEDIN-Paris 1, n° 17, Paris, Ed. A. Pedone, 2002, p. 95-104.
- KANSTROOM (D.), « Vivre dans une “nation d'immigrés” ? Les Etats-Unis après le 11 septembre 2001 », *Gaz. pal.*, n° 294, 2003, p. 6-11.

- KOERING-JOULIN (R.), « Terrorisme et application de la loi dans le temps en France (à propos de l'arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 mai 1987 dans l'affaire Régis Schleicher et Claude et Nicolas Halfen) », *R.S.C.*, 1987, p. 621-625.
- KOERING-JOULIN (R.), LABAYLE (H.), « Dix après ... De la signature (1977) à la ratification (1987) de la Convention européenne pour la répression du terrorisme », *J.C.P.*, I, 1988, n° 3349.
- KOERING-JOULIN (R.), « Infraction politique et violence », *J.C.P.*, I, 1982, n° 3066.
- KOHEN (M. G.), « Les controverses sur la question de "terrorisme d'État" », in K. BANNELIER, TH. CHRISTAKIS, O. CORTEN, B. DELCOURT (dir), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Editions A. Pedone, 2002, coll. Cahiers internationaux, CEDIN-Paris 1, n° 17, p. 83-93.
- KOUFA (K.), « Le terrorisme et les droits de l'homme », in K. BANNELIER, TH. CHRISTAKIS, O. CORTEN, B. DELCOURT (dir), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Editions A. Pedone, 2002, coll. Cahiers internationaux, CEDIN-Paris 1, n° 17, p. 189-201.
- « La saisine du juge constitutionnel, un acte d'incivisme ? », in Rajf.org, brève du 3 novembre 2001, <http://www.rajf.org/spip.php?breve123>
- LABETOUILLE (D.), « Principe de légalité et principe de sécurité », in *Mélanges G. Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 403-412.
- LABRIOLA (S.), « Nuova emergenza internazionale e libertà fondamentali : europa alla prova », *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 71-72.
- LAGADEC (P.), « Risques, terrorisme et sociétés : nouveaux enjeux », in G. DOUCET, *SOS Attentats – Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calmann-Lévy, 2003, p. 23-35.
- LAMARCA PEREZ (C.), « Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española », *R.E.D.C.*, n° 20, 1987, p. 99-135.
- LAMARCA PEREZ (C.), « Apología : un residuo de incriminación de la disidencia », *La ley penal*, n° 28, 2006, p. 41-51.
- LAMARCA PEREZ (C.), « Análisis critico y propuestas de la legislación penal antiterrorista », *La ley penal*, n° 41, 2007, p. 7-18.
- LAMBERT (P.), « La liberté d'expression et la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention du crime », *R.T.D.H.*, 1993, p. 119-128.
- LANCELOT (A.), « La légitimation du juge constitutionnel par la sagesse », in KRYNEN (J.), RAIBAUT (J.), *La légitimité des juges*, Actes du colloque des 29 et 30 octobre 2003 à l'Université de Toulouse 1, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 127-130.
- LANCHASTER (F.), « La Corte suprema e l'emergenza », 6/09/2004, [www.associazionedeicostituzionalisti.it], 8 p.
- LARRALDE (J-M.), « La constitutionnalisation de l'ordre public », in M-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics - Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 213-245.

- LATOUR (X.), « Les activités de renseignement devant les juges européens », *Revue de la recherche juridique*, n° 2, 2003, p. 1413-1434.
- LAUDI (M.), « Terrorismo ; al raddoppio dei termini d'indagine si aggiunge il dovere di non abbassare la guardia », *Guida al diritto, Il sole 24 ore*, n. 19, 2001. p. 10.
- LAUDI (M.), « Per combattere il terrorismo internazionale l'Italia rinnova i suoi strumenti investigativi », *Guida al diritto, Il sole 24 ore*, n. 42, 2001. p. 5-6.
- LAURENS (H.), « Le terrorisme comme personnage historique », in M. DELMAS-MARTY, H. LAURENS (dir.), *Terrorisme : histoire et droit*, Paris, CNRS éditions, 2010, p. 9-66.
- LAVROFF (D.-G.), « La Constitution et le temps », in *Mélanges PH. ARDANT, Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 207-227.
- LE COUSTUMER (J.-C.), « La norme et l'exception. Réflexions sur les rapports du droit avec la réalité », *Cahiers de la Recherche sur les Droits fondamentaux*, n° 6, Pouvoirs exceptionnels et droits fondamentaux, 2008, p. 19-28.
- LE GUNEH (F.), « Aperçu rapide sur la loi du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme », *J.C.P., Act.*, 1996, n° 46.
- LE PRADO (D.), « La question prioritaire de constitutionnalité vue par un avocat », *A.J.D.A.*, 2010, p. 94-96.
- LECLERC (H.), « La dérive des libertés en France », *Droits de l'homme : discours et réalité*, Association Droit et démocratie, Paris, juin 2004, *L.P.A.*, n° 69, 2005, p. 19-23.
- LEMASSON (L.), « Des terroristes présumés sont-ils des prisonniers de guerre ? Quelques remarques à propos de la troisième Convention de Genève », *Rev. recherche juridique*, 2003, p. 2867-2875.
- LETAMENDIA (P.), « La question basque : permanence et évolution », in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, Paris, éd. C.N.R.S., 1991, p. 155-165.
- LETTIERI (N.), « Terrorismo comopolitico e risposte (parziali) della nuova legislazione – I pilastri del mandato di cattura europeo e delle rogatorie », *Diritto e Giustizia*, n° 45, 2001, p. 11-18.
- LOCHAK (D.), « Le principe de légalité », *A.J.D.A.*, 1981, p. 387-392.
- LOCHAK (D.), « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », in D. ROUSSEAU, F. SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, S.T.H., 1990, p. 77-115.
- LOCHAK (D.), « Les bornes de la liberté », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, p. 15-30.
- LOCHAK (D.), « Introduction – Droits de l'homme et droit des étrangers depuis le 11 septembre 2001 : approche comparée, France-Europe, Etats-Unis », *Gaz. Pal.*, n° 294, p. 3-5. L'Etat face au terrorisme »,
- LOLOUM (F.), NGUYEN HUU (P.), « Le Conseil constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986 », *R.S.C.*, 1987, p. 565-576.
- LOPEZ RODO (L.), « El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional », *Revista de administración pública*, n° 100-102, 1983, p. 331-346.

- LUCHAIRE (F.), « La Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, p. 563-574.
- LUCHAIRE (F.), « Conseil constitutionnel – Décision du 25 janvier 1985 », *D. Juris.*, 1985, p. 361-367.
- LUCHAIRE (F.), « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux », in L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1987, p. 55-104.
- LUCHAIRE (F.), « La vidéosurveillance et la fouille des voitures devant le Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1995, p. 575-597.
- LUCHAIRE (F.), « Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique », *R.D.P.*, 1996, p. 1245-1257.
- LUCHAIRE (F.), « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *R.F.D.C.*, 2005, n° 64, p. 675-684.
- LUCIANI (M.), « I fatti e la corte. Sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi », *Giur. cost.*, I, 1987, p. 1046-1071.
- LUCIANI (M.), « La jurisprudence en matière économique, sociale et du travail en 1985 », *Cahiers du C.D.P.C.*, vol. I., La Garde, Université de Toulon et du Var-C.D.P.C., 1987, p. 121-126.
- LUCIANI (M.), « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », VIII^o Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Aix-en-Provence, 1989, *A.I.J.C.*, 1990, p. 161-178.
- LUCIANI (M.), « Corte costituzionale e unità nel nome di valori », in R. ROMBOLI, *La giustizia costituzionale a una svolta*, Turin, Giappichelli, 1991, p. 170-178.
- LUCIANI (M.), « Loi organique spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale », in A.A.V.V., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Riferimenti comparativi*, Actes du séminaire tenu à Rome, Palazzo della Consulta, 13 et 14 octobre 1992, Milan, Giuffrè, 1994, p. 245-252.
- LUCIANI (M.), « Per un efficace controllo di costituzionalità sulla decretazione d'urgenza », in *I decreti-legge non convertiti*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 11 novembre 1994, Milan, Giuffrè, 1996, p. 101-111.
- LUCIANI (M.), « Una legislazione penale piu coerente », *Giur. cost.*, 1996, p. 370-372.
- LUTHER (J.), « L'antiterrorismo giuridico nell'esperienza tedesca », in M. CAVINO, M. LOSANO, C. TRIPODINA (a cura di), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Actes du Congrès de l'Association Droit public comparé et européen, Alessandrie, Università degli Studi, 9 mai 2008, Turin, Giappichelli, 2009, p. 81-93.
- M-O. P. « Sécurité et terrorisme : un défi pour la démocratie », *Esprit*, n° 4, 2006, p. 67-69.
- MAESTRO BUELGA (G.), LOPEZ BASAGUREN (A.), « Garantismo, emergencia y suspension de derechos fundamentales en la legislación de escepcion », *Revista Vasca de Administracion Publica.*, n° 21, 1988, p. 33-78.

- MAGISTRATURA DEMOCRATICA, « Osservazioni sul decreto legge 15 dicembre 1979 n. 625 concernente misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica », *Foro it.*, 1980, V, p. 91-104.
- MAGLIARO (L.), « La libertà delle persone dopo l'11 settembre », *Questione Giustizia*, 2004, p. 314-329.
- MAJZA (B.), « Sécurité et défense de l'Europe – Elaboration de nouveaux paradigmes », in *Un monde à repenser*, Paris, Economica, 2001, p. 188-198.
- MANACORDA (S.), « Les conceptions de l'Union européenne en matière de terrorisme », in M. DELMAS-MARTY, H. LAURENS (dir.), *Terrorisme : histoire et droit*, Paris, CNRS éditions, 2010, p. 189-218.
- MARANDOLA (A.), « Termini di durata delle indagini per reati di terrorismo ed eversione : i riflessi dell'interpolazione dell'art. 407 comma 2 n. 4 c.p.p. », *Dir. pen. e processo*, 2001, p. 1340-1342.
- MARAZZITA (G.), « Lo stato d'emergenza diretto a fronteggiare l'esodo dall'Albania », *Giur. cost.*, 1997, p. 2099-2119.
- MARAZZITA (G.), « La legislazione dell'emergenza nella giurisprudenza costituzionale : il Parlamento fra abuso della straordinarietà e ordinarietà straordinaria », in A. Ruggeri (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Naples, ESI, p. 185.
- MARGUE (T.-L.), « Les initiatives menées par l'Union dans la lutte antiterroriste dans le cadre du troisième pilier (Justices et affaires intérieures) », *R.D.U.E.*, 2002, p. 261-281.
- MARGUENAUD (J.-P.), « La qualification pénale des actes de terrorisme », *R.S.C.*, 1990, p. 1-28.
- MARI (A.), « Terrorismo : reato in cerca di definizione. La legge, il giudice e i rischi di un fenomeno in evoluzione », *Diritto e Giustizia*, n° 32, 2006, p. 74-78.
- MARI (C.), « La lotta al terrorismo e le garanzie procedurali », note sous TPICE, 2^{ème} section, 12 décembre 2006, causa T-228/02, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil de l'Union européenne, *Giornale di diritto amministrativo*, n° 5/2007, p. 487-491.
- MARI (C.), « La lotta al terrorismo e le garanzie procedurali », TPG 12 dicembre 2006, Organisation des Modjahedines d peuple d'Iran c. Consiglio dell'Unione europea, *Giornale di diritto amministrativo*, n° 5, 2007, p. 485-491.
- MARTENS (P.), « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in Mélanges J. VELU, *Présence du droit public et des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 49-68.
- MARTINI (A.), « La nuova definizione di terrorismo : il D.L. n. 144 del 2005 come convertito con modificazioni in L. 31 luglio 2005, n. 155 », *Studium Iuris*, n° 11, 2006, p. 1217-1230.
- MARZADURI (E.) (ET ALII), « Commento articolo per articolo del D.L. n. 144 del 27 luglio 2005 convertito con modificazioni dalla L. n. 155 del 31 luglio 2005, Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale », *Legislazione penale*, 2005, p. 419-602. MASTOR (W.), « Essai sur la motivation des décisions de justice – Pour une lecture simplifiée des décisions des Cours constitutionnelles », *A.I.J.C.*, 1999, p. 35-63.

- MASTOR (W.), « L'état d'exception aux Etats-Unis: le *USA patriot Act* et autres violations "en règle" de la Constitution », *Cahiers de la Recherche sur les Droits fondamentaux*, n° 6, Pouvoirs exceptionnels et droits fondamentaux, 2008, p. 61-69.
- MATHIEU (B.), « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D. Chron.* 1995, p. 211-212.
- MATHIEU (B.), « Chronique de jurisprudence constitutionnelle – Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 », *L.P.A.*, n° 144, 1996, p. 5-9.
- MAYAUD (Y.), « Entre le dit et le non-dit, ou les leçons de droit pénal du Conseil constitutionnel », *D.*, 1999, p. 589-596.
- MAZEAUD (P.), « La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Allocution lors de la visite à la Cour suprême du Canada*, 24-26 avril 2006, [www.conseil-constitutionnel.fr], 6 p.
- MAZEAUD (P.), « L'erreur en droit constitutionnel », *Intervention au cours du colloque à l'Institut de France sur « l'erreur »*, 25-26 octobre 2006, [www.conseil-constitutionnel.fr], 26 p.
- MELILLO (G.), « Le recente modifichie alla disciplina dei procedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o di eversione », *Cass. Pen.*, II, 2002, p. 904-913.
- MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), « Le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel (le contrôle du respect du principe d'égalité) », *L.P.A.*, n° spécial, n° 46, 2009, p. 70-73.
- MERARI (A.), « Du terrorisme comme stratégie d'insurrection », in G. CHALIAND, *Les stratégies du terrorisme*, 2ème éd., Paris, Desclée de Brouwer, 2002, p. 73-111.
- MERCUZOT (B.), « Commentaires sous la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1996 », *D.*, II, 1997, p. 69-73.
- MESTRE DELGADO (E.), « Terrorismo (D.ºPenal) », in *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, p. 6518-6519.
- MIRAGLIA (M.), « La tutela processuale dei diritti dopo l'11 settembre negli Stati Uniti », in M. CAVINO, M. LOSANO, C. TRIPODINA (a cura di), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Actes du Congrès de l'Association Droit public comparé et européen, Alessandrie, Università degli Studi, 9 mai 2008, Turin, Giappichelli, 2009, p. 46-60.
- MOCCIA (S.), « Aspects régressifs du système pénal italien », *Dév. soc.*, n° 2, 1997, p. 137-164.
- MOCK (H.), « "Guerre" contre le terrorisme et droits de l'homme – Réflexions à propos du rapport de la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH) intitulé "l'antiterrorisme à l'épreuve des droits de l'homme : les clés de la compatibilité" », *R.T.D.H.*, 2006, p. 23-34.
- MODERNE (F.), « Le juge constitutionnel et la lutte contre le terrorisme – Chronique-Espagne. STC 199/1987 », *A.I.J.C.*, 1988, p. 528-532.
- MODUGNO (F.), « Il problema dei limiti alla revisione costituzionale in occasione di un commento al messaggio alle camere del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991 », *Giur. cost.*, 1992, p. 1649-1653.

- MONETTI (V.), « La legislazione antiterrorismo dopo l'11 settembre. Il contesto internazionale e l'Italia », *Questione giustizia*, n° 1, 2002, p. 51-69.
- MONOD (J-Cl.), « Vers un droit international d'exception ? », *Esprit*, n° 4, 2006, p. 173-193.
- MOOR (P.), « Systématique et illustration du principe de la proportionnalité », in MEL. M. FROMONT, *Les droits individuels et le juge en Europe*, Strasbourg, P.U.S., 2001, p. 319-341.
- MOOR (P.), « La double invention de la justice et du droit », in *Hommage à Giovanni Busino, L'invention dans les sciences humaines*, Genève, Labor et Fides, 2004, p. 201-223.
- MONTARRAS (A.), « L'après 11 septembre 2001 », *R.A.*, n° 325, 2002, p. 80-84.
- MORANGE (J.), « Les vérifications d'identité », *A.J.D.A.*, 1981, p. 285-291.
- MORLACCHINI (F.), « Associazioni con finalità di terrorismo : tra tutela dello "stato costituzionale" e ordine economico », *Cass. pen.*, n° 10, 2006, p. 3162-3168.
- MOURGEON (J.), « Les crises et les libertés publiques », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 41-51.
- MOTZO (G.), « Le situazioni di emergenza e di grave necessità pubblica », in *Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vincenza, Veri Pozza editore, 1967, p. 567-591.
- MOTZO (G.), « voce Assedio (stato di) », in *Enc. dir.*, vol. III, Milan, Giuffrè, 1958, p. 250-267.
- MOUTOUH (H.), « La loi et l'ordre », *D., Chron.*, 2000, p. 163-170.
- MUNOZ CONDE (F.), « Le droit pénal international est-il un "droit pénal de l'ennemi" ? », *R.S.C.*, n° 1, 2009, p. 19-30.
- MUSACCHIO (V.), « Terrorismo e legislazione penale : il contesto normativo nazionale », *Rivista di polizia*, 2005, p. 145-182.
- MUSACCHIO (V.), « Terrorismo internazionale e stato democratico », *Giust. pen.*, 2005, I, p. 268-287.
- MUZNI (P.), « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit. La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la Cour EDH », *R.D.P.*, 2006, p. 977-1005.
- NEPPI MODONA (G.), « La giurisprudenza costituzionale italiana in tema di leggi di emergenza contro il terrorismo, la mafia e la criminalità organizzata », in T. GROPPI (dir.), *Democrazia e terrorismo*, Lezioni volterrane, vol. I., Naples, Editoriale Scientifica, 2006, p. 83-98.
- NICOLIC (P.), « La légitimité de la justice constitutionnelle et la démocratie », in Mélanges P. GELARD, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 307-311.
- NICOTRA (I.), « La nuova legge organica sui partiti politici in Spagna », *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n° 139, 2003, p. 91-98.
- OCCHIOCUPO (N.), « La corte costituzionale come giudice di "opportunità" delle leggi », *Giur. cost.*, I, 1977, p. 1698-1732.

- ORTUNO (J-M.), « Douleurs, frustrations et espoirs de l'antiterrorisme espagnol », in D. BIGO, L. BONELLI, T. DELTOMBE, *Au nom du 11 septembre ... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, La découverte, 2008, p. 215-226.
- OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in P. GERARD, M. VAN DE KERCHOVE ET F. OST (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire – Transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint Louis, 1983, p. 1-70.
- OST (F.), « Quand l'enfer se pace de bonnes intentions ... À propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, épée ou bouclier du droit pénal*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 2007, p. 7-21.
- OTTENHOF (R.), « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », *R.S.C.*, 1987, p. 607-619.
- PACE (A.), « Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana », *Archivio giuridico Filippo Sefarini*, 1963, p. 111-132.
- PACE (A.), « Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale », *Giur. cost.*, 1971, p. 1777-1783.
- PACE (A.), « voce Libertà personale (dir. Cost.) » voce, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Milan, Giuffrè, 1974, p. 287-315.
- PACE (A.), « Stato di *emergenza* e sospensione della Costituzione », *Il Tempo*, 13 janvier 1980, p. 20.
- PACE (A.), « Decreti legge non convertiti e responsabilita giuridica ministeriale », *Quaderni costituzionale*, n°2, 1981, p. 381-387.
- PACE (A.), « Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza ? », note sous Cour const., arrêt n°15 de 1982, *Giur. cost.*, I, 1982, p. 108-114.
- PACE (A.), « Corte costituzionale e « altri » giudici, tra « garantismo » e « sensibilita politica », in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padoue, Cedam, 1985, p. 587-604.
- PACE (A.), « Sull'uso "alternativo" del decreto legge, in luogo del decreto delegato, per eludere i principi della delega », *Giur. cost.*, 1992, p. 1786-1790.
- PACE (A.), « Diritti "fondamentali" al di là della Costituzione ? », *Politica del diritto*, n° 1, 1993, p. 3-11.
- PACE (A.), « Divagazioni sui decreti-legge non convertiti », in A.A.V.V., *Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nel giorno 11 novembre 1994*, Milan, Giuffrè, 1996, p. 27-59.
- PACE (A.), « Mesures de prévention personnelles contre la violence dans les stades et exercice en « formes simplifiées » des droits de la défense », in *Champs libres. Etudes interdisciplinaires. 1- droits de l'homme et libertés*, Toulon, U.T.V.-C.E.R.C., 2000, p. 135-144.
- PACTET (P.), « A propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel », in *Mélanges J. ROBERT*, 1998, p. 279-295.

- PAGLIARO (A.), « Sulla tutela penale dell'ordine pubblico nella legislazione dell'emergenza », in G. PASQUINO (a cura di), *La prova delle armi*, Bologne, Il Mulino, 1984, p. 1031-1047.
- PAGLIARO (A.), « Problemi penalistici a proposito del controllo di costituzionalità su un decreto legge ancora non convertito », in AA.VV., *I decreti legge non convertiti*, Milan Giuffrè, 1996, p. 145-159.
- PALADIN (L.), « In tema di decreti-legge », *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 533-584.
- PALADIN (L.), « Articolo 77 », in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologne, Zanichelli, 1979, p. 42-93.
- PALADIN (L.), « voce Ordine pubblico », in *Nss. dig. it.*, vol. XII, Turin, UTET, 1965, p. 130-135.
- PALADIN (L.), « Esiste un “principio di ragionevolezza” nella giurisprudenza costituzionale ? », in A.A.V.V., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Riferimenti comparatici*, Actes du séminaire tenu à Rome, Palazzo della Consulta, 13 et 14 octobre 1992, Milan, Giuffrè, 1994, p. 163-167.
- PALAZZO (F.), « Constitution, cour constitutionnelle et droit pénal : trente ans d'expérience italienne », *R.S.C.*, 1986, p. 1-6.
- PALAZZO (F.), « Le problème des repentis : la législation italienne sur les “repentis” : discipline, problèmes et perspectives », *R.S.C.*, 1986, p. 757-769.
- PALAZZO (F.), « Terrorisme et législation anti-terroriste en Italie », *R.S.C.*, 1987, p. 639-655.
- PALAZZO (F.), « Constitutionnalisme en droit pénal et droits fondamentaux (avec une référence particulière à l'Italie) », *R.S.C.*, 2003, p. 709-720.
- PAPA (M.), « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *R.S.C.*, n° 1, 2009, p. 3-6.
- PARDINI (J-J.), « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », in M. BAUDREZ et Th. DI MANNO (dir), *Liber amicorum Jean-Claude Escarras, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 131-159.
- PARDINI (J-J.), « L'opération de qualification des faits dans le contrôle de constitutionnalité des lois », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoren, Le renouveau du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, p. 335-359.
- PARDINI (J-J.), « Réalisme et contrôle des lois en Italie », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 236-255.
- PARDINI (J-J.), « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : *ab origine fidelis* », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 101-122.
- PASQUA (G.), « La législation antiterroriste en Italie », in G. DOUCET (dir.), *SOS ATTENTATS, Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calmann-Lévy, 2003, p. 243-263.
- PAYE (J-C.), « Lutte antiterroriste : la fin de l'état de droit », *R.T.D.H.*, 2004, p. 61-75.
- PECES-BARBA MARTINEZ (G.), « Diritti e doveri fondamentali », in *D.D.P.*, vol. V, 4^{ème} éd., Turin, U.T.E.T., 1990, p. 139-159.

- PECES-BARBA MARTINEZ (G.), « La Constitucion espanola y la seguridad », in M. CAVINO, M. LOSANO, C. TRIPODINA (a cura di), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Actes du Congrès de l'Association Droit public comparé et européen, Alessandrie, Università degli Studi, 9 mai 2008, Turin, Giappichelli, 2009, p. 39-44.
- PECCIOLI (A.), « Lotta agli attentati terroristici mediante ordigni esplosivi : le modifiche al codice penale », *Diritto penale e processo*, 2003, p. 934-944.
- PEGORARO (L.), REPOSO (A.), « Fonti del diritto », in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, 2ème éd., Turin, Giapichelli, 2007, p. 141-231.
- PELISSERO (M.), « Terrorismo internazionale e diritto penale », *Studium Iuris*, 2005, p. 1279-1290.
- PELLIZZONE (I.), « Le misure anti-terrorismo internazionale e la “normalizzazione dell'emergenza” », *Giur. cost.*, 2006, II, p. 1765-1791.
- PEREIRA (R.), « Portugal – Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, 2002, p. 305-318.
- PERRELLA (L.), « Ordinanze di necessità e urgenza », in S. MASTROPASQUA, F. TAMASSIA, *Dizionario di diritto pubblico*, Milan, Giuffrè, 2004, p. 291-301.
- PHILIPPE (X.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *L.P.A.*, n° spécial, n° 46, 2009, p. 6-16.
- PICA (G.), SCHMELK (R.), « L'Etat face au terrorisme », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 53-64.
- PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *A.J.D.A.*, n° spécial, 1998, p. 6-42.
- PICARD (E.), « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics - Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 17-61.
- PIEMONTESE (C.), « Ragioni della forza e ragioni del diritto nelle norme in materia di terrorismo internazionale », *Dir. pen. e processo*, 2006, p. 1032-1041.
- PIEMONTESE (C.), RUGGIERI (F.), QUATTROCOLO (S.), GIORI (B.), MANZIONE (D.), « Commento del D.L. n. 374 del 18 ottobre 2001, convertito con modificazioni dalla legge n. 438 del 15 dicembre 2001 – Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale », *Legislazione penale*, 2002, p. 777-816.
- PINELLI (C.), « Sur la communicabilité entre les ordres juridiques », in M. BAUDREZ et Th. DI MANNO (dir.), *Liber amicorum Jean-Claude Escarras, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 161-166.
- PINNA (P.), « L'emergenza davanti alla corte costituzionale », *Giur.cost.*, I, 1983, p. 592-619.
- PISANESCHI (A.), « Le sentenze di « costituzionalità provvisoria » e di « incostituzionalità non dichiarata » : la transitorietà nel giudizio costituzionale », *Giur. cost.*, II, 1989, p. 601-638.
- PISTORELLI (L.), « La competenza passa a P.M e G.I.P distrettuale : con il coordinamento avanza prudente », *Guida al diritto*, n° 50, 2001, p. 26-31.

- PISTORELLI (L.), « Intercettazione preventive ad ampio raggio ma inutilizzabili nel procedimento penale », *Guida al diritto*, n° 42, 2001, p. 83-90.
- PITRUZZELLA (G.), « La straordinaria necessità ed urgenza : una « svolta » nella giurisprudenza costituzionale o un modo per fronteggiare situazioni di « emergenza » costituzionale », *Le Regioni*, 1995, p. 1100-1108.
- PIZZORUSSO (A.), « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux – Cour constitutionnelle italienne », in L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1987, p. 165-186.
- PIZZORUSSO (A.), « Le contrôle de la Cour constitutionnelle sur l'usage par le législateur de son pouvoir discrétionnaire », in A. PIZZORUSSO, G. DE VERGOTTINI, G. ZAGREBELSKY, *Doctrines italiennes de droit constitutionnel*, *Cahiers du CDP*, vol. 3, 1988, p. 29-45.
- PIZZORUSSO (A.), « Actes législatifs et rapports entre les pouvoirs : aspects de droit comparé », *R.F.D.C.*, 1997, p. 677-691.
- PIZZORUSSO (A.), « Les droits fondamentaux en Italie », *A.J.D.A.*, 1998, p. 56-64.
- PIZZORUSSO (A.), « Giustizia e giudici », in *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea*, Convegno svolto presso l'accademia nazionale dei Lincei, 14-15 luglio 2003, [www.associazionedeicostituzionalisti.it].
- PLANTEY (A.), « Réponses européennes au terrorisme international », *R.S.C.*, 1983, p. 379-394.
- PLANTEY (A.), « Le terrorisme contre les droits de l'homme », *R.D.P.*, 1985, p. 5-13.
- PONTHOREAU (M.-C.), « L'influence de la Constitution italienne sur l'objet et l'étendue de l'intervention répressive », in J. PRADEL, *Droit constitutionnel et droit pénal*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Paris, éd. Cujas, 2000, p. 123-148.
- POUMAREDE (J.), « Faut-il élire les juges ? », in KRYNEN (J.), RAIBAUT (J.), *La légitimité des juges*, Actes du colloque des 29 et 30 octobre 2003 à l'Université de Toulouse 1, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 213-224.
- PRADEL (J.), « La loi du 2 février 1981 dite "sécurité et Liberté" et ses dispositions de procédure pénale », *D., Chron.*, 1981, p. 101-116.
- PRADEL (J.), « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal (loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986) », *D.*, 1987, p. 39-50.
- PRADEL (J.), « Rapport introductif », in J. PRADEL, *Droit constitutionnel et droit pénal*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Paris, éd. Cujas, 2000, p. 7-13.
- PRADEL (J.), « La procédure pénale européenne à l'épreuve du terrorisme », in G. DOUCET (dir.), *SOS Attentats, Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calmann-Lévy, 2003, p. 221-230.
- PRADEL (X.), « La criminalité organisée dans les droits français et italien – Des politiques pénales sous le signe de la convergence », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2003, p. 123-158.
- PULITANO (D.), « Le misure del governo per l'ordine pubblico », *Dem. dir.*, 1980, p. 19-29.

- RAMOS GANCEDO (D.), « Disposición adicional », in M. COBO DEL ROSAL (dir.), M. BAJO FERNANDEZ, *Comentarios a la legislación penal, Tomo XI : La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas terrorismo y rebelión*, Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 1990, p. 537-556.
- RANCE (P.), « Le “Patriot Act”, interview de G.P. Fletcher », *D.*, 2002, p. 103-104.
- RANCE (P.), « La loi « sécurité quotidienne »- Interview d'Evelyne Sire Marin », *D.*, 2002, p. 220-223.
- RAVAZ (B.), « Les contrôles d'identité : liberté, sécurité, ... dignité ? », in *Mélanges Christian Bolze*, Paris, Economica, 1999, p. 205-225.
- RAVERAIRA (M.), « Necessità ed urgenza dei decreti-legge e legge di conversione », *Giur. cost.*, I, 1986, p. 601-603.
- REBUT (D.), « Le principe de la légalité des délits et des peines », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2001, p. 249-266.
- RESCIGNO (G-U.), « voce Deroga (in materia legislativa) », in *Enc. dir.*, vol. XII, Varese, Giuffrè, 1964, p. 303-305.
- RENOUX (Th.), ROUX (A.), « Responsabilité de l'Etat et droits des victimes d'actes de terrorisme », *A.J.D.A.*, 1993, p. 75-81.
- RENOUX (Th.), « Observations sous C.C. déc. n° 96-377 DC », *R.F.D.C.*, 1996, p. 806-822.
- RENOUX (Th.), « Observations sous C.C. déc. n° 96-377 DC », *D.*, somm. com., 1998, p. 147.
- RENOUX (Th.), « France – Rapport Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, 2002, p. 195-244.
- RENOUX (Th.), « Juger le terrorisme ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14, 2003, p. 102-114.
- RIALS (S.), « Ouverture : Quelles crises ? quel droit ? », *Droits*, 1986, p. 3-7.
- RIBES (D.), « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 195-207.
- RICARD (J-F.), HOUYVET (M-A.), « Lutte contre le terrorisme : spécificités de la loi française », *AJ Pénal*, 2004, p. 191-192.
- RICHARD (D.), « Le Conseil constitutionnel face au renforcement de la répression du terrorisme (à propos de la décision du 16 juillet 1996) », *Gaz. Pal.*, 1997, p. 363-369.
- RIDOLA (P.), « Le garanzie dei diritti di libertà », in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Rome, Treccani, 1997, p. 305-329.
- RIVERO (J.), « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français », in *Le fait et le droit, Etudes de logique juridique*, Neuchâtel, Ed. Griffon, 1961, p. 130-148.
- RIVERO (J.), « Note sous la décision du 12 janvier 1977 », *A.J.D.A.*, 1978, p. 215-218.
- RIVERO (J.), « Autour de la loi sécurité et liberté, « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau » ? », *A.J.D.A.*, 1981, p. 275-277.

- RIVERO (J.), « Liberté individuelle et fouille des véhicules », in J. RIVERO, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Paris, Economica, 1984, p. 71-82.
- ROBERT (J.), « Les libertés dans les démocraties occidentales », *Encyclopedia Universalis. Universalis*, 1978, p. 138-142.
- ROBERT (J.), « Terrorisme, idéologies sécuritaires et libertés publiques », *R.D.P.*, 1986, p. 1651-1666.
- ROBERT (J.), « Le terrorisme et le droit », *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2003, p. 361-372.
- ROBERT (J.), « La république dynastique », in *Mélanges J-P. MARICHY*, Toulouse, Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse, 2003, p. 141-149.
- ROBLOT-TROIZIER (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *A.J.D.A.*, 2010, p. 80-87.
- RODOTA (S.), « La risposta dello Stato al terrorismo : gli apparati », in G. PASQUINO (a cura di), *La prova delle armi*, Bologne, Il Mulino, 1984, p. 77-91.
- ROJAS CARO (J.), « La intervención judicial y gubernativa de las comunidades en la Ley de enjuiciamiento criminal », in M. COBO DEL ROSAL (dir.), M. BAJO FERNANDEZ (M.), *Comentarios a la legislación penal, Tomo XI : La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas terrorismo y rebelión*, Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 1990, p. 495-534.
- ROLIN (F.), SLAMA (S.), « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *A.J.D.A.*, 2006, p. 975-982.
- ROMBOLI (R.), « La “mancanza” dei presupposti di necessità ed urgenza e la “evidente mancanza” degli stessi nel decreto legge : come un apparente portone può ridursi ad uno strettissimo pertugio », *Foro it.*, 2004, p. 3277-3279.
- ROMBOLI (R.), « Una sentenza “storica” : la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza », *Foro it.*, 2007, I, p. 1986-1689.
- ROMBOLI (R.), « Tecnica legislativa e qualità della legislazione : l'inefficienza del giudizio costituzionale a verificare i vizi », *Foro it.*, 2008, I, p. 1422-1425.
- ROMBOLI (R.), « Ancora una dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge (e della legge di conversione) per evidente mancanza dei presupposti : qualche interrogativo sul significato e gli effetti di alcune affermazioni della Corte », *Foro it.*, 2008, I, p. 3044-3048.
- ROSENFELD (M.), « La pondération judiciaire en temps de stress : une perspective constitutionnelle comparative », in M. DELMAS-MARTY, H. LAURENS (dir.), *Terrorisme : histoire et droit*, Paris, CNRS éditions, 2010, p. 219-289.
- ROSSI (E.), « Terrorismo internazionale : le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili di diritto penale sostanziale », *Diritto penale e processo*, n° 2, 2002, p. 150-163.
- ROUSSEAU (D.), « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Ceras - revue Projet* n°291, Mars 2006, [<http://www.ceras-projet.com/index.php?id=859>]
- ROUSSILLON (H.), « Le Conseil constitutionnel, une légitimité contestée », in KRYNEN (J.), RAIBAUT (J.), *La légitimité des juges*, Actes du colloque des 29 et

- 30 octobre 2003 à l'Université de Toulouse 1, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 119-126.
- ROUX (A.), « V^o Erreur manifeste d'appréciation », in O. DUHAMEL, Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, p. 403-404.
- RUBIO LLORENTE (F.), « Consideraciones preliminares sobre la jerarquía de los derechos », in *Mélanges M. Fromont, Les droits individuels et le juge en Europe*, Strasbourg, P.U.S., 2001, p. 343-370.
- RUBIO LLORENTE (F.), « Le tribunal constitutionnel », in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, Paris, éd. C.N.R.S., 1991, p. 103-109.
- RUBIO LLORENTE (F.), « La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional », *REDC*, n° 31, 1991, p. 9-36.
- RUBIO LLORENTE (F.), « La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: introducción », in *El principio de igualdad en la Constitución española : XI Jornadas de Estudio*, Ministerio de la Justicia, Centro de Publicaciones, Vol. 1, 1991, p. 681-712.
- RUBIOLA (E.), « Sull'aggravante della finalità di terrorismo o di eversione », Tribunale Ivrea, 15 juillet 1980, *Giur. it.*, vol. CXXXIII, II, 1981, p. 239-242.
- RUGGERI (A.), « Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti legge », *Foro it.*, 2007, p. 2664-2667.
- RUGGERI (A.), « “Evidente mancanza” dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti-legge (a margine di Corte cost. n. 128 de 2008) », *Foro it.* 2008, p. 3048-3052.
- RUIZ-FABRI (H.), « L'ordre public en droit international », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics - Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 85-108.
- RUIZ MIGUEL (J.-A.), « La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional », in *El principio de igualdad*, Madrid, éd. Dykinsos, 2000, p. 155-200.
- RUIZ-RICO (G.), « La suspension des droits fondamentaux dans l'ordre constitutionnel espagnol », [www.pcb.ub.es/idp/docs/marroc/act_rui%z_marroc_fra.pdf].
- SABATELLI (P.-P.), « La nuova legge organica dei partiti politici in Spagna », *Riv. dir. cost.*, 2002, p. 287-304.
- SAINT-BONNET (F.), « L'état d'exception et la qualification juridique », *Cahiers de la Recherche sur les Droits fondamentaux*, n° 6, Pouvoirs exceptionnels et droits fondamentaux, 2008, p. 29-37.
- SALVI (G.), « Une alternative à la “guerre contre le terrorisme” – L'expérience italienne », *Esprit*, 2007, p. 60-79.
- SALVINI (G.), « La sentenza n. 15 del 1982 della Corte costituzionale : prolungamento dei termini massimi di custodia preventiva ed immediata applicazione nei processi pendenti di norme procesuali più sfavorevoli », *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, II, 1982, p. 1214-1239.
- SALVINI (G.), « L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale : problemi di definizione e prova della finalità terroristica », *Cassazione penale*, n° 10, 2006, p. 3366-3387.

- SANCHEZ (S.), « Reflexiones breves sobre la politica antiterrorista », *R.D.Pol.*, n° 27-28, 1988, p. 299-316.
- SANCHEZ BARRILAO (J-F.), « Sobre la Constitución normativa y la globalización », *Revista de la Facultad de derecho de la Univesidad de Granada*, n° 7, 2004, p. 241-261.
- SANCHEZ-OSTIZ (P.), « La apología del delito », *Persona y derecho*, n° 55, 2006, p. 619-652.
- SANTACROCE (B.), « Contro l'inquinamento dei circuiti legali norme sul riciclaggio veramente efficaci », *Guida al diritto*, n° 41, 2001, p. 48-49.
- SANTAOLALLA LOPEZ (F.), « Cronica parlamentaria », *R.E.D.C.*, n° 2, 1981, p. 249-282.
- SAVATER (F.), « La rentabilité de la terreur : le cas basque », *Esprit*, n° 4, 2006, p. 81-88.
- SCACCIA (G.), « Italie – Rapport Table ronde : le juge constitutionnel et la proportionnalité », *A.I.J.C.*, 2009, p. 267-280.
- SCAGLIONE (A.), « Il regime processuale e penitenziario differenziato per i fatti di terrorismo », *Riv. it. dir. e proc. penale*, 2007, p. 575-592.
- SCHABAS (W.), OLIVIER (C.), « La procédure pénale appliquée aux infractions terroristes : droit commun ou régime particulier ? », in G. DOUCET (dir.), *SOS Attentats – Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calmann-Lévy, 2003, p. 113-133.
- SCHABAS (W.), OLIVIER (C.), « Terrorisme : crime contre l'humanité ? », in G. DOUCET (dir.), *SOS Attentats – Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calmann-Lévy, 2003, p. 379-388.
- SCHRAMMECK (O.), « Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 », *A.J.D.A.*, 1996, p. 693-694.
- SCHMELCK (R.), PICCA (G.), « L'État face au terrorisme », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 53-64.
- SCHOETTL (J-E.), « La « loi pour la sécurité intérieure » devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.*, n° 63, 2003, p. 4-26.
- SCISO (E.), « La condizione dei detenuti di Guantanamo fra diritto umanitario e garanzie dei diritti umani fondamentali », *Riv. dir. inter.*, 2003, p. 111-128.
- SCOFFONI (G.), « Les juges et la Constitution des Etats-unis à l'épreuve du terrorisme international », in *Mélanges LOÏC PHILIP*, Paris, Economica, 2003, p. 219-236.
- SELVAGGI (E.), « La decisione quadro sul mandato europeo d'arresto non viola il diritto comunitario », CGCE, 3 maggio 2007, Belgio, *Cassazione penale*, n° 7/8, 2007, p. 3078-3085.
- SERMET (L.), « Le contrôle de constitutionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale » *L.P.A.*, n° spécial, n° 46, 2009, p. 26-31.
- SERRANO ALBERCA (J-M.), « Comentario al artículo 55 » in F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Ed. Civitas, 1980.
- SEUVIC (J-F.), « Chronique législative » (à propos de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure), *R.S.C.*, 2003, p. 817-820.
- SIEIRA MUCIENTES (S.), « El principio de proporcionalidad como juicio de necesidad y la debida intensidad de control en su aplicación al Legislador », in P. PEREZ TREMPES (coord.), *La reforma del Tribunal constitucional*, Actas des Vº

- Congresso de la asociación de constitucionalistas de España, Valence, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 847-877.
- SILVA-SANCHEZ (J-M), « Les principes du droit pénal et la jurisprudence constitutionnelle le point de vue espagnol », in J. Pradel, *Droit constitutionnel et droit pénal*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Paris, éd. Cujas, 2000, p. 75-91.
- SIMARD (D.), « La liberté au-delà de la démocratie », *Res Publica*, n° 24, 2001, p. 48-53.
- SIMON (D.), « Le contrôle de constitutionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *L.P.A.*, n° spécial, n° 46, 2009, p. 17-25.
- SINAGRA (A.), « Réglementation et jurisprudence italienne en matière de terrorisme », *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, n° 24, 2006, p. 71-86.
- SOLOZABAL ECHAVARRIA (J-J.), « Rapport espagnol –Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, 2002, p. 151-160.
- SOREL (J-M.), « Existe-t-il une définition universelle du terrorisme », in K. BANNELIER, O. CORTEN, T. CHRISTAKIS ET B. DELCOURT (dir.), *Le droit international face au terrorisme – Après le 11 septembre 2001*, CEDIN-Paris I, Cahiers internationaux n° 17, Pedone, 2002, p. 35-68.
- SORRENTINO (F.), CAPORALI (G.), « Legge (atti con forza di) », in *Dig. disc. cost.*, vol. IX, Turin, UTET, 1995, p. 100-128.
- SORRENTINO (F.), « Reiterazione dei decreti-legge e competenze regionali in materia paesaggistica », note sous sentence n° 302 de 1988, *Rivista amministrativa*, n° 9, 1988, p. 1184-1189.
- SOULIER (G.), « Lutte contre le terrorisme et droits de l'homme. De la Convention à la Cour européenne des droits de l'homme », *R.S.C.*, 1987, p. 663-675 ; in M. DELMAS-MARTY, *Raisonnement la raison d'état, Vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1989, p. 29-49.
- SPADARO (A.), « Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali” », *Diritto e società*, 1991, p. 451-511.
- SPANGHER (G.), « L'azione di contrasto al terrorismo internazionale : le novità nella legge n° 155 del 2005 », *Studium iuris*, 2006, p. 40-44.
- SPATARO (A.), « Le forme attuali di manifestazione del terrorismo nella esperienza giudiziaria : implicazioni etniche, religiose e tutela dei diritti umani », in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA, *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Milan, Cedam, 2007, p. 163-235.
- SPIELMANN (D.), « Les droits indérogeables, les intérêts vitaux de la nation et l'ordre international », in S. MARCUS HELMONS (dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs : les limites irréductibles*, Louvain la Neuve, Academia, 1999, p. 97-100.
- SPITZ (P-E.), « A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 sur la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme », *R.F.D.A.*, 1997, p. 538-550.
- STIRN (B.), « L'État des libertés : bilan critique », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, p. 99-110.
- STONE (A.), « Qu'y a-t-il de concret dans le contrôle abstrait aux États-Unis ? », *R.F.D.C.*, n° 34, 1998, p. 227-250.

- STONE (G.R.), « Libertà civile in tempo di guerre : la prospettiva americana », in *Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei costituzionalisti, Bari, 17-18 ottobre 2003, [www.associazionedeicostituzionalisti.it].
- SUDRE (F.), « Le principe de légalité et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2001, p. 335-358.
- TAVERNIER (P.), « Terrorisme et droits de l'Homme », *Revue politique et parlementaire*, n° 1, 2010, p. 89-120.
- TEGA (D.), « Vecchi diritti e nuova paure », *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 79-81.
- TEITGEN-COLLY (C.), JULIEN-LAFFERIERE (F.), « Contrôle de constitutionnalité – Jurisprudence », *A.J.D.A.*, 1997, p. 86-97.
- TERCINET (J.), « L'ONU et la lutte contre le terrorisme », *Revue politique et parlementaire*, 2010, p. 23-33.
- TERNEYRE (Ph.), « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité : contribution du Conseil constitutionnel à un droit constitutionnel de la nécessité », *R.D.P.*, 1997, p. 1488-1515.
- TERRE (F.), « La justice en temps de crise », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 35-40.
- THIBAUD (V.), « Législation antiterroriste, lutte contre la criminalité organisée : le Conseil constitutionnel face aux politiques pénales contemporaines », *Communication au VII^e Congrès de l'AFDC*, Paris, septembre 2008, p. 13, disponible [www.afdc.fr]
- TIMSIT (G.) « La ré-invention de la légitimité », in *Hommage à Giovanni Busino, L'invention dans les sciences humaines*, Genève, Labor et Fides, 2004, p. 224-240.
- TORELLI (M.), « Droits de l'homme et intervention idéologique », in *Défense et sécurité*, vol. II, Paris, Economica, 1979, p. 115-134.
- TORRETTA (P.), « “diritto alla sicurezza” e (altri) diritti e libertà della persona : un complesso bilanciamento costituzionale », in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensione inedite*, Milan, Giuffrè, 2003, p. 451-484.
- TROPPER (M.), « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 185-194.
- TRUCHET (D.), « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité », in M-J. REDOR, *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics - Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 299-316.
- TSOUKALA (A.), « La légitimation des mesures d'exception dans la lutte antiterroriste en Europe », *Cultures et conflits*, n° 61, 2006, p. 25-50.
- TURPIN (D.), « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », *Droits*, n° 2, 1985, p. 85-97.
- VALESCCHI (A.), « Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale - D.L. n. 144 del 27 luglio 2005 convertito con modificazioni dalla L. n. 155 del 31 luglio 2005, Misuri urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale », *Diritto penale e processo*, 2005, p. 1222-1230.
- VALESCCHI (A.), « La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo art. 270-sexies c.p. », *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 1103-1118.

- VANDERVOST (A.), « Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme », *Rev. recherche juridique*, 1998, p. 1009-1019.
- VASSALI (G.), « Les orientations actuelles de la politique criminelle italienne », *Archives de politique criminelle*, n° 6, 1983, p. 171-207.
- VEDEL (G.), « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996, p. 57-63 et n° 2, 1997, p. 77-91.
- VENEZIA (J.-C.), « La loi, le juge et la Constitution », in *Mélanges J. BOULOIS*, Paris, Dalloz, 1991, p. 505-512.
- VERDUSSEN (M.), « La prohibition absolue des traitements intrinsèquement cruels, inhumains et dégradants », in S. MARCUS HELMONS (dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs : les limites irréductibles*, Louvain la Neuve, Académia, 1999, p. 87-95.
- VERPEAUX (M.), « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *L.P.A.*, 1993, n° 84 et 85.
- VERPEAUX (M.), « Le Conseil constitutionnel juge de la question prioritaire de constitutionnalité », *A.J.D.A.*, 2010, p. 88-93.
- VIALA (A.), « Les réserves d'interprétation : un outil de "resserrement" de la contrainte de constitutionnalité », *R.D.P.*, 1997, p. 1047-1067.
- VIGANO (F.), « Terrorismo, guerra e sistema penale », *Riv. it. dir. e proc. penale*, 2006, p. 645-703.
- VIGANO (F.), « Terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica e art. 270-bis C.P. nella recente esperienza giurisprudenziale », *Cassazione Penale*, n° 10, 2007, p. 3953-3987.
- VILARIÑO PINTOS (E.), « El Convenio europeo sobre represion del terrorismo », *R.I.E.*, n° 4, 1977, p. 427-433.
- VIMBERT (C.), « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1994, p. 693-745.
- VOISSET (M.), « Une formule originale de pouvoirs de crise : l'article 16 », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 105-113.
- VOLPI (M.), « L'État démocratique entre expansion et régression », in *Liber Amicorum J.-C. Escarras, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 687-707.
- WACHSMANN (P.), « Chronique de jurisprudence – Décision du Conseil constitutionnel n°85-187 DC du 25 janvier 1985 (loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie) », *A.J.D.A.*, 1985, p. 362-365.
- WARUSFEL (B.), « La loi sur la sécurité quotidienne : le renforcement des mesures antiterroristes et de lutte contre certaines formes majeures de délinquance », *Droit et défense*, 2001, p. 45-47.
- WARUSFEL (B.), « Procédures pénales et technologies de l'information : de la convention sur la cybercriminalité à la loi sur la sécurité quotidienne », *Droit et défense*, 2002, p. 17-22.
- WATIN-AUGOUARD (M.), « La loi relative à la sécurité quotidienne », *Droit et défense*, 2002, p. 5-13.

- WEYEMBERGH (A.), « L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen », in BRIBOSIA (E.), WEYEMBERGH (A.) (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, n° 34, 2002, p. 153-195.
- WIEVIORKA (M.), « Terrorismes, une rupture historique ? », in TH. DE MONTBRIAL, PH. MOREAU (dir.), RAMSES 2003, *Les grandes tendances du monde*, Paris, Dunod, 2002, p. 29-42.
- WILKINSON (P.), « Comment répondre à la menace terroriste », in G. CHALIAND (dir.), *Les stratégies du terrorisme*, Paris, Desclée de Brouwer, 1999, p. 195-218.
- ZAFFARONI (E.-R.), « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *R.S.C.*, n° 1, 2009, p. 43-57.
- ZAGREBELSKY (G.), « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux – Cour constitutionnelle italienne », in L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1987, p. 303-334.
- ZASOVA (S.), « La lutte contre le terrorisme à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de première instance des Communautés européennes », *R.T.D.H.*, n° 74, 2008, p. 481-505.
- ZOLLER (E.), « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, n° 32, 2000, p. 121- 134.
- ZOLLER (E.), « Le réalisme dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des Etats-Unis », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 216-225.

Table des matières

<i>Introduction.....</i>	<i>1</i>
I. - Un objet atypique	2
II. - Une législation spécifique	7
III. - Un contrôle sur mesure	21
 <i>Première Partie : Un contrôle de constitutionnalité indirectement modelé par le fait de terrorisme</i>	 <i>33</i>
<i>Titre 1 : L'adaptation du contrôle au fait de terrorisme.....</i>	<i>35</i>
Chapitre 1 : Le poids de la définition juridique du terrorisme	37
Section 1 : La dangerosité du terrorisme soulignée par sa définition juridique.....	37
§ 1 – L'insertion difficile du terrorisme dans une définition juridique.....	38
A. L'absence d'une définition commune du terrorisme	38
1) Des manifestations variées	39
2) Des manifestations évolutives.....	40
B. L'émergence empirique de la définition du terrorisme.....	44
§ 2 – L'homogénéité de l'appréhension législative du phénomène terroriste	54
A. L'élément matériel de l'infraction de terrorisme	54
1) La présentation nuancée de l'élément matériel.....	54
2) Le contenu globalement uniforme de l'élément matériel.....	61
B. L'élément finaliste de l'infraction de terrorisme	72
Section 2 : La dangerosité du terrorisme exacerbée par son approche téléologique.....	78
§ 1 – L'élément finaliste, élément prépondérant au sein de la définition	78
A. La nécessité du cumul des éléments.....	78
B. Le rapport inégal des éléments de la définition	82
§ 2 – L'élément finaliste, élément indispensable de la définition	89
A. La position du Tribunal constitutionnel espagnol	89
B. L'utilisation poussée de l'élément finaliste.....	93
Conclusion du Chapitre 1.....	97
 Chapitre 2 : L'incidence du cadre juridique du contrôle	 99
Section 1 – La reconnaissance textuelle de la nécessité de lutter contre le terrorisme en Espagne	100
§ 1 – La volonté constitutionnelle de lutter contre le terrorisme.....	101
A. L'origine de la disposition.....	101
B. L'originalité de la disposition.....	104
§ 2 – L'adhésion du Tribunal constitutionnel à la lutte contre le terrorisme	107
A. L'admission du principe de la limitation des droits fondamentaux.....	107

B. La constance de la jurisprudence constitutionnelle.....	112
Section 2 – La reconnaissance jurisprudentielle de la nécessité de lutter contre le terrorisme, en France et en Italie.....	115
§ 1 – Une reconnaissance discrète par le Conseil constitutionnel français.....	115
A. L'influence de la décision <i>État d'urgence en Nouvelle-Calédonie</i>	116
B. L'accord tacite du Conseil constitutionnel	121
§ 2 – Une reconnaissance expresse par la Cour constitutionnelle italienne	125
A. Le contexte singulier de l'arrêt n° 15 de 1982.....	125
B. L'interprétation importante de l'arrêt n° 15 de 1982	128
Conclusion du Chapitre 2.....	139
Conclusion du Titre 1.....	141
 Titre 2 : <i>L'infiltration du contrôle par le fait de terrorisme</i>	 143
 Chapitre 1 : L'extension du pouvoir discrétionnaire du législateur	 144
Section 1 : La latitude de restriction des droits fondamentaux dans l'article 55-2 de la Constitution espagnole	144
§ 1 – La précision nuancée des conditions de mise en œuvre de la suspension des droits fondamentaux.....	145
A. Une précision globale satisfaisante	145
1) L'énoncé limitatif des droits fondamentaux	146
2) Le caractère individuel de la suspension.....	147
3) Le sens de la suspension des droits fondamentaux	147
B. Une précision relative quant aux catégories de personnes visées par la norme	149
§ 2 – La formulation sommaire des garanties à la suspension des droits fondamentaux	155
A. Le caractère absolu de la réserve de loi.....	155
B. La flexibilité des autres garanties prévues par le constituant	159
1) La nécessaire intervention judiciaire	159
2) Le contrôle parlementaire adéquat	161
3) La responsabilité pénale pour usage abusif de l'article constitutionnel.....	162
4) L'exigence implicite de la nécessité de mettre en œuvre l'article 55-2 de la Constitution espagnole	164
Section 2 : La latitude de restriction des droits fondamentaux dans le cadre constitutionnel général	167
§ 1 – La faculté de choix des restrictions des droits fondamentaux.....	168
A. Le silence des juges constitutionnels français et italiens	168
B. L'exigence commune de raisonabilité	174
§ 2 – Les limites classiques à l'action législative.....	184
A. Le respect des droits indérogeables.....	185
B. Le respect du contenu essentiel des droits ou « les limites aux limites »	187
 Chapitre 2 : La prépondérance des motifs de restriction des droits fondamentaux.....	 193
Section 1 : La limitation des droits fondamentaux justifiée par les caractéristiques du terrorisme.....	194

§ 1 – Une différence de traitement reconnue ex Constitutione en Espagne.....	195
A. La rupture du principe d'égalité induite par l'article 55-2 de la Constitution.....	195
B. L'application différenciée du principe d'égalité en dehors de l'article 55-2 de la Constitution.....	199
§ 2 – Une différence de traitement entre les Français de “souche” et les Français par acquisition, justifiée par l'objectif de la lutte contre le terrorisme	201
§ 3 – Les nouvelles règles de jugement et de garde à vue justifiées par la nature et les effets du terrorisme.....	208
A. Les règles de jugements adaptées au terrorisme.....	208
B. La validation constitutionnelle de la création de l' <i>Audiencia Nacional</i>	212
B. La prolongation de la durée de garde à vue légitimée par le Conseil constitutionnel français.....	215
Section 2 : La limitation des droits fondamentaux justifiée par l'urgence inhérente au terrorisme	217
§ 1 – La diversité des formes de l'urgence	218
A. L'urgence concrète affrontée par les institutions italiennes.....	218
B. L'urgence potentielle envisagée par les dispositions législatives française et espagnole.....	223
§ 2 – L'effet uniforme de l'urgence	228
A. La validation des perquisitions de nuit en France.....	229
B. La validation d'une intervention de l'autorité judiciaire <i>a posteriori</i> en Espagne.....	234
C. La validation de la prolongation des délais de détention préventive en Italie	241
Conclusion du chapitre 2.....	250
Conclusion Titre 2.....	251
<i>Conclusion de la Première Partie</i>	<i>253</i>

Seconde Partie : Un contrôle de constitutionnalité difficilement préservé par le juge constitutionnel..... 255

<i>Titre 1 : Le resserrement de la contrainte de constitutionnalité</i>	<i>257</i>
---	------------

Chapitre 1 : L'encadrement de la notion d'infraction de terrorisme.....259

Section 1 : Une conception jurisprudentielle recentrée de la notion de terrorisme	260
§ 1 – La conception législative extensive de l'infraction de terrorisme.....	260
A. L'infraction de terrorisme soumise au Conseil constitutionnel.....	261
B. La notion de terrorisme soumise au Tribunal constitutionnel	266
§ 2 – Les caractéristiques prétoriennes de l'infraction de terrorisme	274
A. L'approche concise du Conseil constitutionnel.....	274
B. L'approche concrète du Tribunal constitutionnel.....	279
1) La définition du terrorisme par le Tribunal constitutionnel.....	280
2) La confrontation des délits de rébellion et d'apologie au concept de terrorisme.....	284

Section 2 : Une conception jurisprudentielle pragmatique de la notion de terrorisme	287
§ 1 – L’absence de nécessité d’élargir la notion de terrorisme	288
A. La relation entre le terrorisme et les comportements incriminés par le législateur	288
B. L’existence des moyens adéquats de répression	293
§ 2 – La gravité d’élargir la notion de terrorisme	299
A. Le glissement de l’examen du Conseil constitutionnel	299
B. L’impact de la qualification terroriste prise en compte par le juge constitutionnel	302
Conclusion du Chapitre 1	306
Chapitre 2 : Le renforcement des garanties des droits fondamentaux	309
Section 1 : Une garantie judiciaire indispensable	310
§ 1 – La prévision de l’intervention judiciaire	310
A. Un rappel salutaire	310
B. Une censure automatique de la carence de l’intervention	313
§ 2 – La qualité de l’intervention judiciaire	321
A. La nécessité d’une intervention judiciaire suffisante	322
B. Une intervention judiciaire effective	327
1) La confirmation du rôle « actif » de l’autorité judiciaire	327
2) L’impossibilité de suspendre l’effet d’une décision judiciaire de remise en liberté	330
Section 2 : Les limites infranchissables clairement posées par le Tribunal constitutionnel espagnol	336
§ 1 – La censure d’un délai de garde à vue disproportionné	336
§ 2 – L’interdiction de suspendre les droits fondamentaux en dehors du cadre constitutionnel en Espagne	341
Section 3 : Les limites prospectives	347
§ 1 – La lecture constitutionnelle des dispositions législatives	347
A. Le double avertissement de la part de la Cour constitutionnelle	347
B. Les réserves d’interprétation du Tribunal constitutionnel et du Conseil constitutionnel	350
§ 2 – Le conditionnement de la constitutionnalité dans le temps	355
Conclusion Chapitre 2	363
Conclusion Titre 1^{er}	365
<i>Titre 2 : Le repli du contrôle de constitutionnalité</i>	<i>367</i>
Chapitre 1 : Le contrôle prudent de la définition de l’infraction de terrorisme	369
Section 1 : Le raisonnement affirmatif du juge constitutionnel français	369
§ 1 – La précision par ricochet de l’élément matériel de la notion du terrorisme	370
A. Une précision de principe	371
B. Une précision viciée	375
§ 2 – Le raisonnement laconique sur la précision de l’élément finaliste de la notion de terrorisme	380
Section 2 : Le raisonnement réaliste du juge constitutionnel espagnol	387
A. Le principe de légalité pénale tolère une marge d’imprécision	388
B. La notion de terrorisme exige une marge d’imprécision	392

Conclusion Chapitre 1 ^{er}	399
Chapitre 2 : L'altération de l'équilibre entre l'ordre et la liberté.....	401
Section 1 : L'abstraction du contrôle de proportionnalité.....	402
§ 1 – L'effacement du contrôle de l'adéquation et la nécessité des dispositions législatives antiterroristes.....	407
A. La difficulté d'évaluer l'adéquation de la disposition législative.....	407
B. L'impossibilité de contrôler la nécessité de la disposition législative.....	417
§ 2 – L'émergence d'une proportionnalité globale.....	421
Section 2 : L'assouplissement du contrôle de constitutionnalité	431
§ 1 – La compression du contrôle de constitutionnalité français	431
A. L'impact de la gravité de la menace terroriste sur le contrôle	431
B. La place incertaine du terrorisme dans l'ordonnancement	435
§ 2 – La lecture assouplie de la garantie du contrôle parlementaire adéquat par le Tribunal constitutionnel espagnol.....	441
A. La validation constitutionnelle de l'omission législative de la garantie du contrôle parlementaire adéquat.....	442
B. Un choix influencé par la pérennisation de la législation antiterroriste.....	450
Conclusion Chapitre 2	457
Conclusion du Titre 2.....	459
<i>Conclusion de la Seconde Partie</i>	<i>461</i>
Conclusion générale	463
I. Un contrôle dans l'impasse.....	464
II. Les moyens mis à la disposition du juge constitutionnel.....	466
III. Une législation antiterroriste à repenser	476
Annexe	481
Bibliographie.....	487
I. - Ouvrages et thèses	487
II. - Articles, contributions et notes.....	494
Table des matières	533